

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento del Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

**Aspectos constitucionales de la bioética: status jurídico del
preembrión**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Deborah García Varela

Director

Rafael Rubio Núñez

Madrid, 2017

©Deborah García Varela, 2016

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA BIOÉTICA: STATUS JURÍDICO DEL PREEMBRIÓN

Trabajo de investigación que presenta

Dña. Deborah García Varela

Para la obtención del Grado de Doctor

Bajo la dirección del Profesor Titular

D. Rafael Rubio Núñez

MADRID

2015

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS

Omni fine initium novum

Escribir una tesis doctoral parece ser más bien un camino solitario, sin embargo al volver la vista atrás te das cuenta que de haber estado verdaderamente sólo nunca habrías logrado culminar este gran proyecto. Sin lugar a duda, este ha sido un esfuerzo que he compartido con muchas personas, sin las cuales no me encontraría en este punto.

Dedico esta tesis a Dios, quien no sólo me acompaña siempre sino que ha inspirado mi espíritu en todo momento para poder concluir esta tesis. A mis padres, que no sólo me han dado la vida sino que me han brindado todo su apoyo y su amor en todo momento, tengo claro que son las dos personas sin las cuales no hubiera podido escribir esta tesis, son mi modelo a seguir y espero nunca decepcionarles. A mis hermanas, son mi razón para ser mejor cada día, para vencer obstáculos; mi cariño por ustedes nunca conocerá de distancias o enojos y aunque tomemos nuestros propios caminos, siempre estaremos juntas.

A mi asesor, Rafa Rubio, quien no sólo fue un maestro sino un mentor y en todo momento se preocupó por transmitirme sus conocimientos en la materia, pero además siempre me señalaba el camino correcto y me retaba, además constantemente me ofrecía sabios consejos. Sin él y su dedicación nunca habría logrado doctorarme. También quiero agradecer a la Universidad, que me ha brindado oportunidades incomparables y me ha permitido conocer a gente muy valiosa, a catedráticos y profesores que me han enseñado mucho y a compañeros que han crecido conmigo.

También quiero agradecer a amigos como José Luis Garza, quien ha compartido el viaje conmigo y quien me ha apoyado en todo momento, ha sido

un amigo invaluable. A Nati y a Jesús, que con todo su cariño me han hecho sentir apoyada y me han animado a seguir adelante siempre. A todos mis amigos en México que creyeron en mí y me apoyaron incluso cuando hubieran querido que me quedara allá. Y a todas las personas increíbles que me he encontrado en el camino y en mi estancia aquí, por siempre serán parte especial de mi vida.

Finalmente, agradezco el apoyo económico que me brindó el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, sin cuya beca académica hubiera sido complicado culminar el doctorado. Es importante reconocer la labor que instituciones como éstas desempeñan con el objetivo de fomentar la educación en México.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.	11
RESUMEN – ABSTRACT.	12
INTRODUCCIÓN.	14

CAPÍTULO I

DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO

1. La cuna y primeros pasos de la bioética en la historia.	21
2. Evolución de la Bioética.	27
2.1 Código de Núremberg, del 20 de agosto de 1947.	28
2.2 Declaración de Helsinki de 1964.	31
2.3 Informe Belmont de 1978.	33
3. La bioética en los albores del siglo XXI	35
4. De la Bioética al Bioderecho.	39
5. Dimensiones Internacionales de la Bioética y el Bioderecho.	50
5.1 Marco Jurídico Internacional en materia de Bioética y Bioderecho.	54

CAPÍTULO II

STATUS DEL PREEMBRIÓN

1. En torno a los aspectos científicos y jurídicos del “preembrión” o embrión preimplantario	61
--	----

2. Génesis y uso del término “preembrión”.	63
3. El Status del Preembrión	70
3.1 Status Religioso.	73
3.2 Status Ético .	84
3.3 Status Científico.	88
3.3.1 Postura Pro-Preembrión.	89
3.3.2 Postura Anti-Preembrión.	93
3.3.3 El uso del Preembrión en la Investigación Científica.	97
3.4 Status Jurídico. .	106
3.4.1 Preembrión: ser humano o propiedad.	112

CAPÍTULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PREEMBRIÓN

1. Fundamentos Constitucionales en torno a la Bioética.	120
2. Dignidad Humana .	136
2.1 Consideraciones Constitucionales .	143
2.2 Textos Internacionales y la Dignidad Humana.	148
2.3 Dignidad Humana y el Preembrión .	152
3. Derecho a la Vida. .	158
3.1 Consideraciones Constitucionales .	159
3.2 Textos Internacionales y el Derecho a la Vida.	161
3.3 El Derecho a la Vida y el Preembrión.	163
4. Libertad de Investigación Científica. .	172
4.1 Consideraciones Constitucionales .	178
4.2 Textos Internacionales y la Libertad de Investigación Científica. .	180
4.3 La Libertad de Investigación Científica y el Preembrión .	184
5. Nuevos Derechos o Nuevas Dimensiones de Derechos	

Fundamentales.	189
5.1 Derecho a la Integridad Genética.	195
5.2 Derecho a la Identidad Genética.	198
5.3 Derecho a la Intimidad Genética.	200
5.4 Derecho a la no Discriminación en base a las Características Genéticas.	206
5.5 Los Nuevos Derechos y el Preembrión.	211

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO Y EL PREEMBRIÓN

1. Protección del Preembrión desde la Perspectiva del Derecho Comparado.	215
2. Alemania.	219
2.1 Contexto histórico y político.	219
2.2 Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán.	223
2.3 Ley sobre Protección de Embriones.	228
2.4 Ley para garantizar la protección de los embriones en relación con la importación y la utilización de células madre embrionarias humanas.	233
2.5 Alemania y el Status del Preembrión.	237
3. El Reino Unido.	240
3.1 Contexto histórico y político	240
3.2 Ley de Fertilización Humana y Embriología.	243
3.3 Evolución Administrativa.	248
3.4 El Reino Unido y el Status del Preembrión.	251
4. Estados Unidos.	253
4.1 Contexto histórico y político	254
4.2 Jurisprudencia	264
4.3 Stem Cell Research Enhancement Act.	267

i.	Stem Cell Research Act of 2001	267
ii.	Stem Cell Research Enhancement Act of 2005.	269
iii.	Stem Cell Research Enhancement Act of 2007	270
iv.	Stem Cell Research Enhancement Act of 2009	271
4.4	Estados Unidos y el Status del Preembrión.	272
5.	México.	274
5.1	El preembrión y la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos	276
5.2	Jurisprudencia	279
5.3	Hacia una legislación jurídica de investigación con células madre embrionarias	282
5.3.1	Evolución Administrativa	290
5.3.2	Iniciativas de Ley.	292
5.4	México y el Status del Preembrión.	293
6.	El Preembrión ante las diversas legislaciones	297

CAPÍTULO V

EL PREEMBRIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1.	Contexto histórico y político.	304
2.	Constitución, Tribunal Constitucional y el preembrión.	305
2.1	STC 53/1985 Recurso previo de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados contra el proyecto de Ley que despenaliza el aborto en ciertos supuestos.	307
2.2	STC 212/1996, Recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/1988 de donación	

y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.	310
2.3 STC 116/1999, de 17 de junio. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 63 diputados, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.	313
2.4 El status constitucional del preembrión en España.	314
3. Protección del preembrión en la legislación española.	317
3.1 Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio de reforma del artículo 417 bís del Código Penal.	318
3.2 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida.	320
3.2.1 Trasfondo Político.	320
3.2.2 Análisis Jurídico.	321
3.3 Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.	326
3.3.1 Análisis Jurídico.	327
3.4 Ley 45/2003, de 22 de noviembre, que modifica la ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.	328
3.4.1 Trasfondo Político	328
3.4.2 Análisis Jurídico.	331
3.5 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida	333
3.5.1 Trasfondo Político	335
3.5.2 Análisis Jurídico.	335
3.6 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica	339
3.6.1 Trasfondo Político	339
3.6.2 Análisis Jurídico.	341
3.7 La Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembiones humanos no viables para la fecundación in vitro y el Conflicto de Competencias.	344

3.7.1	Análisis Jurídico.	345
3.7.2	Conflicto de Competencias.	351
3.8	El status del preembrión en el marco legal español.	353
4.	Evolución Administrativa	357
4.1	El status del preembrión ante el avance administrativo.	361
5.	Status Jurídico del Preembrión en España.	363
CONCLUSIÓN		368
BIBLIOGRAFÍA.		381

ABREVIATURA

ADN: Ácido Desoxirribonucleico

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CIU: Convergencia y Unión

DGP: Diagnóstico Genético Preimplantario

FIV: Fertilización in vitro

FJ: Fundamento Jurídico

HEFA: Human Embryology and Fertilisation Authority

iPS: Induced Pluripotent Stem Cells

IVF: In Vitro Fertilization

PAN: Partido de Acción Nacional

PP: Partido Popular

PRD: Partido de la Revolución Democrática

PSOE: Partido Socialista Obrero Español

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional Español

RESUMEN

Los avances en biomedicina y genética se dan a una velocidad vertiginosa; intentar precisar el papel del constitucionalismo ante estos constantes cambios es una labor complicada para el jurista. Pero mayor dificultad encierra el intentar definir el status jurídico-constitución del preembrión, y es esta tarea la que crea mayor tensión entre el Derecho, la Biomedicina y la Genética, puesto que muchas investigaciones utilizan células madre embrionarias que se extraen de los embriones menores de catorce días, conocidos como preembriones. Estas prácticas, amparadas bajo la libertad de investigación científica, obligan a revisar el catálogo de derechos fundamentales que contemplan las diferentes Constituciones e Instrumentos Internacionales, y plantean la necesidad de trazar nuevos derechos fundamentales o nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Es por esto que en diversos países del mundo se han tomado decisiones legislativas con el objetivo de regular el status que guarda del preembrión, por lo que en la presente investigación se hizo un estudio de las normativas, centrándose en aquellas de los países más punteros, como Alemania, Estados Unidos y Reino Unido, y también se estudia la legislación de México no sólo por la proximidad geográfica que comparte con Estados Unidos, sino también por los lazos históricos y culturales que le atan a España, y puesto que dichas circunstancias moldean su sociedad y cultura y sobre todo han influido en su cuerpo legal. Además, es un claro ejemplo de la carencia normativa que evidencian los países latinoamericanos en la materia, ya que los países latinoamericanos, a diferencia de los europeos, carecen de una normativa sistemática sobre procreación asistida. En la mayoría de los casos se encuentran algunos principios generales aplicables a la materia en los Códigos Civiles y Penales, o incluso en las Constituciones; y desde luego se estudió la normativa de España, puesto que ha sido con mayor o menor acierto, pionera en regular los nuevos campos que abría la biomedicina. Habrá que reconocer que es la ciencia quien dirige a la sociedad, el Derecho sólo regula, en medida de lo posible, su irrefrenable e incesante progreso.

ABSTRACT

Progress in biomedicine and genetics proceed at a fast pace; therefore, the task the jurists have encountered is trying to establish the role of constitutionalism subjected to constant changes, which results in a rather complicated undertaking. Without a doubt, a major difficulty lies in the attempt to define the legal and constitutional status of the so-called pre-embryo. This assignment creates more tension between the Law, Biomedicine and Genetics, because many of the ongoing investigations use embryonic stem cells derived from embryos that are only fourteen days old, and which are also called pre-embryos. These practices, protected under the freedom of scientific research, impulse the jurists to review the existing list of fundamental rights that are included in the different Constitutions and International Treaties. They also raise the need to draw new fundamental rights, or to envisage the possibility of discussing new dimensions of already existing rights. As a result, many countries around the world have taken legislative decisions in order to regulate the pre-embryo's status. Therefore, in the present research it was essential to study a series of regulations, focusing on legislations of those of countries who hold controversial positions, such as Germany, United States of America, United Kingdom, and Mexico. The latter is relevant not only because of the geographic proximity with the United States, but also because the historical and cultural ties that bind this country with Spain. Such conditions have shaped the society and culture, but above all, they have influenced its legal body, what's more it also exemplifies the lack of regulation in Latin-American countries, unlike the Europeans, for they lack systematic policies on assisted procreation. In most cases some general principles applicable to the matter/problem in the Civil and Criminal Codes and the Constitutions can be found. And, obviously, the legislation of Spain was studied, examined and questioned, since it has been, with more or less success, a pioneer when it comes to regulating the new fields that sciences such as Biomedicine and Genetics open. In the end it should be acknowledged that it is Science who leads society, the Law is left with the mission to regulate, as much as possible, it's irrepressible and incessant progress.

INTRODUCCIÓN

Son varios los adelantos y descubrimientos hechos en el campo de la ciencia que han traído aparejados serios debates en el seno de la sociedad, pero, sin lugar a duda los tres hallazgos científicos más controvertidos de la historia han sido, como señala Diego Valadés, las revoluciones nuclear, informática y genética. Al menos son los que mayores complicaciones han planteado desde la perspectiva de los especialistas en ética y de los juristas¹. Tal es el caso que ha obligado a los juristas a crear estructuras, conceptos, definiciones, legislaciones e instituciones nuevas con el fin de hacer frente a estos fenómenos.

La Biotecnología presenta una realidad compleja en el que el Derecho debe participar activamente en el impulso y desarrollo científico en beneficio de la colectividad, debe hacer llegar los beneficios de los avances científicos a sus ciudadanos en igualdad de condiciones, pero al mismo tiempo debe cuidar de que estos avances respeten los derechos fundamentales que potencialmente podrían verse afectados en el entramado de pruebas y experimentos que se desarrollen y, además, debe ser garante de la protección de los valores y principios, más allá incluso, de la esfera personal de ejercicio de los mismos derechos fundamentales

Constantemente el Derecho se ve ante la necesidad de hacer cara a situaciones nuevas, y muchas veces su respuesta ha sido aplicar a las nuevas situaciones principios generales básicos previamente integrados en los sistemas jurídicos, como respeto a la vida humana y a la dignidad, la no

¹ VALADÉS, Diego. “*Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico*”. Panorama sobre la Legislación en Materia del Genoma Humano en América Latina y el Caribe. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2006, p. 387.

discriminación, la libertad, la igualdad, entre otros. Pero siempre parece existir un principio jurídico orientador que más o menos se adapte a las exigencias de las nuevas realidades. Sin embargo, esta inexactitud se traduce en que el Derecho no cuenta con las respuestas adecuadas que se le exigen, como es el caso de la investigación con células madre embrionarias provenientes de preembriones.

Es importante no perder de vista que, hoy en día, las ciencias experimentales ya han abandonado la pasividad de la contemplación a la hora de profundizar en el estudio del conocimiento sobre el fenómeno global de la vida. Ahora gran parte de sus esfuerzos se dirigen a intervenir activamente en ella. Es justamente la biotecnología quien ha servido de puente a través del cual se ha transitado de una ciencia meramente descriptiva de la vida a una ciencia activa en el uso del ser humano vivo.

Es innegable la dificultad que representa legislar sobre objetos que están sometidos a constantes cambios y avances, pues resulta un labor casi imposible anticipar todas las variables que pueden ser significativas para su regulación. De igual forma, no hay que perder de vista que prácticas como la investigación y experimentación con preembriones humanos despliegan gran parte de sus consecuencias en el largo plazo. A razón de esto es que sea poco factible poder hacer frente a estas situaciones si los riesgos a los que se habrá que hacer frente resultan aun ignotos.

En vista de la polémica y el gran número de debates acalorados que ha suscitado las tecnologías de fertilización *in vitro* y la investigación con células madre embrionarias resulta indispensable sentar las bases para delimitar y definir cuál es el status jurídico del preembrión. Hay quienes consideran que realizar un estudio sobre el status y el consecuente estatuto del preembrión no es más que realizar un análisis de las condiciones, límites, métodos y fines en los que se deba desarrollar la experimentación e investigación en un ámbito de un Estado de Derecho con pleno respeto a los Derechos fundamentales. Pero

en realidad definir el status del preembrión no es tan sencillo, pues se pretende legislar sobre un término que adolece de fundamentos científicos, pues ni entre la comunidad científica encuentra aceptación hoy en día, por lo que además de definir el status del preembrión hay que definir el propio término. En definitiva legislar en esta materia no es tarea fácil, pues a pesar de los beneficios que reportan este tipo de investigaciones, hay quienes lo consideran inaceptable.

Los avances en las áreas de biomedicina y genética incuestionablemente se dan a una velocidad vertiginosa; intentar precisar el papel del constitucionalismo ante estos constantes cambios es una labor complicada para el jurista. Pero mayor dificultad encierra el intentar definir el status jurídico-constitución del preembrión, y es esta tarea la que crea mayor tensión entre el Derecho y la Biomedicina y la Genética, puesto que muchas investigaciones utilizan las células madre embrionarias que se extraen de los embriones menores de 14 días, conocidos como preembriones. Estas prácticas, amparadas bajo la libertad de investigación científica, obligan a revisar el catálogo de derechos fundamentales que contemplan las diferentes Constituciones e Instrumentos Internacionales, y plantearse la necesidad de trazar nuevos derechos fundamentales o nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Es por esto que en diversos países del mundo se han tomado decisiones legislativas con el fin de regular la posición del preembrión.

Es por eso que Pérez Royo acertadamente señala que el Derecho es simultáneamente una ciencia y una ingeniería social y el jurista debe contemplar, en consecuencia, su objeto de estudio de la misma manera que el científico y el ingeniero contemplan la naturaleza: de una manera científica y técnica. La diferencia entre unos y otros radica en que, mientras el científico y el ingeniero disponen de instrumentos cada vez más sofisticados avanzados para analizar su objeto de estudio, el jurista sólo dispone de la palabra. Toda la precisión que el científico y el ingeniero alcanzan en el conocimiento de la naturaleza a través de instrumentos cada vez más complejos, el jurista la tiene que alcanzar en el conocimiento de la sociedad a través de conceptos cada vez más diversificados. Para el jurista, la palabra es el equivalente de los

instrumentos de investigación de los científicos e ingenieros. Es por esto que el objeto de estudio del jurista no tenga otra forma de expresarse que a través de un sistema de conceptos cada vez más amplio, más diversificado y más preciso². Tarea que se dificulta en tanto y cuando los mismos científicos, a través del uso de sus instrumentos sofisticados, no son capaces de alcanzar un acuerdo a la hora de describir una realidad biológica que no corresponde al Derecho definir, sino que debe limitarse a legislar, ya que el jurista conoce demasiado bien la importancia que encierra una palabra, el poder del lenguaje, sabe de sobra que el lenguaje condiciona el pensamiento. Por lo mismo, de cara al futuro resulta recomendable la urgente necesidad de una lectura crítica y honesta de las realidades biológicas a legislar teniendo como referente los argumentos aportados por las ciencias idóneas en la materia antes de proceder a la elaboración de valoraciones jurídicas totalmente arbitrarias y con escaso rigor argumentativo, como ha sido el caso del preembrión.

Como ciencia que es, el Derecho Constitucional se ve obligado a evolucionar, a ampliar conceptos que si bien contempla en su texto, no logran abarcar la complejidad que la actualidad y el desarrollo de la biomedicina, la genética y la tecnología traen aparejadas. Con el fin de mantenerse como un derecho dinámico, el Derecho Constitucional recurre a herramientas como las reformas constitucionales y la jurisprudencia, pero ciertamente encuentra mayor apoyo en el Derecho Internacional, pues son los tratados, convenios y declaraciones internacionales los que aportan continuamente una respuesta *cuasi* universal a los mayores problemas que afronta la comunidad internacional, como es el caso del acelerado desarrollo de la biomedicina y la genética, y todas las consecuencias jurídicas que engloban.

A lo largo del presente trabajo de investigación se pretende delimitar dentro del marco legal, particularmente dentro del constitucional, el concepto de bioética y bioderecho, así como explicar el impacto que dichos conceptos tienen sobre los derechos fundamentales básicos, como es el caso del derecho

² PÉREZ Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Decimocuarta Edición, Marcial Pons, 2004, p. 12.

a la vida, la dignidad y la libertad de investigación científica. Con la finalidad de alcanzar dicho objetivo se analizarán las Constituciones de diversos países³ y los numerosos instrumentos internacionales, se comparó cómo regulan la dignidad, el derecho fundamental de la vida, la libertad de investigación y proponen nuevas dimensiones o manifestaciones de derechos ya reconocidos como el caso del derecho a la no discriminación, a la identidad y el derecho a la intimidad. Para hacer frente a nuevas amenazas, el Derecho hace uso de una variedad de técnicas de protección, actuando de manera reactiva. Pueden surgir derechos nuevos, nuevos límites que afectan el ejercicio de los derechos consolidados, que son los que por lo general abren las puertas a nuevas amenazas, o puede que un derecho consolidado extienda su ámbito de protección, incluso hacen nuevas ramas del Derecho como Bioderecho y Derecho Genómico. El análisis anterior se aterriza en el estudio del grado de protección de dichos derechos que se le atribuye al preembrión, que es el centro de la presente investigación. Pero antes de analizar dicho grado de protección que ostenta el preembrión en las diversas legislaciones habrá que definir y delimitar tanto científica como jurídicamente, el concepto, el origen, la naturaleza y el status del preembrión, pues sólo definiendo el concepto se puede entender y hacer frente al problema.

Finalmente, una vez definido el concepto y analizadas las bases constitucionales e internacionales que se le aplican, se procederá a estudiar la legislación de Alemania, pues cuenta con la normativa más conservadora en la materia; Reino Unido, caso contrario al alemán, la regulación inglesa es de las más permisivas en cuanto a investigación con células madre embrionarias se refiere; Estados Unidos, ya que su normativa fluctúa en cuanto atiende a la ideología del partido político en el poder; México, que básicamente carece de legislación en la materia pero que a pesar de verse influenciado por los avances logrados por los Estados Unidos su normativa denota una influencia mayor de España; finalmente España ya que cuenta con una serie de leyes

³ El Derecho Constitucional cuenta con una enorme potencialidad, tanto como receptor de los derechos fundamentales que de forma más específica se ven afectados por las ciencias biomédicas, como de instrumento para resolver los conflictos que de éstas emergen, de los que se cuentan con numerosos ejemplos en el constitucionalismo comparado moderno.

que buscan regular las prácticas médicas y biogenéticas que tienen como finalidad el uso del preembrión para fines ajenos a la reproducción humana, y porque de todas las legislaciones de los diversos países estudiadas es la única que sigue usando el término preembrión.

Se podría considerar que las legislaciones nacionales aisladas resultan un tanto ineficaces de frente a los efectos de una globalización mundial de la investigación científica. Es por esto que la legislación jurídica va a depender exclusivamente del estatuto jurídico que se otorgue a las distintas etapas del desarrollo evolutivo del ser humano en formación, punto en el cual descansa la presente investigación. Hay que tener presente que son las normas jurídicas las que establecen el entablado jurídico para que se realicen los procedimientos científicos, pero al final se habrá de reconocer que es la ciencia quien dirige a la sociedad, el Derecho sólo la regula en medida de lo posible.

El Derecho sigue, por tanto, el curso de la vida social de los individuos: desde que nacen, y como queda constatado en esta investigación, incluso antes, desde la concepción, hasta que mueren, incluso después de la misma. Entre ese antes del nacimiento y ese después de la muerte el Derecho tiene que seguir a los individuos allí donde vayan, por todas partes⁴. Y puesto que acompaña al individuo a través de la historia, conviene tener presente las palabras de Aristóteles en su obra *Política*, que decía que aunque las leyes han sido escritas no por eso deben permanecer inalteradas; el Derecho debe evolucionar para adaptarse a las exigencias que le marca la sociedad y evidentemente no lo hará sólo. Con las cuestiones relacionadas con la Bioética, se abre un campo nuevo en la investigación jurídica cuyo camino se debe construir a través de estudios sistemáticos de estos temas, difusión de artículos de opinión, formación de profesionales en Derecho especializados en cuestiones relacionadas con el impacto de la ingeniería genética en las ciencias jurídicas, todo esto con base en el valor de los derechos fundamentales.

⁴ PÉREZ Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Decimocuarta Edición, Marcial Pons, 2004, p. 20.

CAPÍTULO I

DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO

CAPÍTULO I

DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO

1. La cuna y primeros pasos de la bioética en la historia

El neologismo "bioética", fue acuñado e introducido por el cancerólogo norteamericano y profesor de la Universidad de Wisconsin Van Rensselaer Potter, en un artículo publicado en el año 1970, con dos títulos muy significativo: *Bioethics: the science of survival* y *Bioethics. Bridge to the Future*. El mismo autor plantea como objetivo de la bioética ayudar al género humano a alcanzar una participación racional, pero, al mismo tiempo, precavida, en los procesos de evolución biológica y cultural, añadiendo a su vez: "*elegí bio para representar el conocimiento biológico, la ciencia de los sistemas vivos y elegí ética para representar el conocimiento de los sistemas de valores humanos*". La idea original de Potter era construir un proyecto global, que congregara el conocimiento biológico y el conocimiento de los sistemas de valores humanos, el encuentro o reencuentro entre los hechos y los valores⁵.

Dicha concepción global de bioética de Potter se llega a contraponer, más como el resultado de una combinación de conocimiento científico y filosófico, y no sólo una rama de la ética aplicada, a la del obstetra holandés Andrés Hellegers, quien proponía más bien un revitalizado estudio de la ética médica, concepción que terminó por imponerse, aunque se reinicia una marcada orientación hacia una concepción nuevamente global de la bioética, centrada en la atención no solamente a los problemas éticos generados por las

⁵ GONZÁLEZ Morán, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Dykinson. Madrid, 2006, p.p. 24, 84.

intervenciones biomédicas sobre el ser humano, sino abarcando también las dimensiones sociales vinculadas a la salud⁶.

Ese mismo año, en 1970, Paul Ramsey, publicó dos libros que pueden ser considerados obras pioneras en el origen de la bioética en los EE. UU. Los volúmenes se titulaban *The patient as person: exploration in Medical Ethics* y *Fabricated man*. Su autor ponía de relieve, con un marcado énfasis, las profundas implicaciones éticas derivadas de las intervenciones técnicas sobre la vida humana. Ramsey seguía así una línea de trabajo que había sido promovida por André Hellegers en la *Georgetown University*. Lo distintivo de esta corriente fue su defensa de la necesidad de crear un nuevo campo de estudio, dedicado a los aspectos éticos de la práctica clínica⁷.

Así, la bioética se define como el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de la atención a la salud, examinando esta conducta a la luz de los valores y principios morales⁸. Son también muy conocidas las definiciones de D. Roy y Guy Durand. El primero define a la bioética como mecanismo de coordinación e instrumento de reflexión sistemática para orientar de forma interdisciplinar el saber biomédico y tecnológico al servicio de una protección cada vez más responsable de la vida humana. Por otro lado, Durand entiende por bioética a la investigación del conjunto de exigencias del respeto y de la promoción de la vida y de la persona en el campo biomédico⁹.

Otro paso decisivo para el nacimiento de la Bioética fue la fundación, por el filósofo Daniel Callahan y el psiquiatra William Gaylin, del *Institute of Society, Ethics and Life Science*, en 1969. Desde 1988 es conocido como el *Hastings*

⁶ Ibidem

⁷ APARISI Miralles, Ángela. “Bioética, bioderecho y biojurídica”. Anuario de Filosofía del Derecho, No. 24, 2007, p. 68.

⁸ REICH T, Warren. Encyclopedia of Bioethics. V.5, 1995.

⁹ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p. 49.

Center. El propósito que perseguían era estudiar y formular normas y principios en el campo de la investigación y la experimentación biomédica.

Aterrizando todas las ideas de los conceptos anteriores, se puede decir que la bioética es la parte de la ética que se refiere a los progresos de la ciencia biomédica ante problemas nuevos, o antiguos modificados por las nuevas tecnologías. Se constituye como la reflexión ética sobre las cuestiones que propone el progreso biomédico. Esta disciplina interpela al hombre, que es el único sujeto de la ley moral, y solamente su vida constituye un principio ordenador del Derecho, cuyas leyes se promulgan para obtener la protección efectiva de la vida y de los derechos humanos. La ciencia básica le da a conocer la realidad sobre la que va a investigar; el significado de los conceptos científicos que en ella se manejan; cuándo empieza y termina la vida, en qué consiste la fecundación artificial, la terapia génica, la clonación, etc. El conocimiento de los conceptos básicos del Derecho, de las leyes vigentes y de las que conviene promulgar o derogar, es necesario para proteger los derechos humanos, facilitar el pleno desarrollo de la persona, mejorar su calidad de vida¹⁰.

En conclusión, la bioética es la búsqueda del conjunto de exigencias del respeto y de la promoción de la dignidad humana y de la persona en el sector bio-médico, por lo que se instituye como una ciencia normativa que regula el comportamiento humano aceptable en el dominio de la vida y de la muerte.

Aunque se empieza a hablar de bioética en 1970, lo cierto es que las bases de la bioética las sientan el derecho internacional humanitario, el cual, en un principio se constituyó como una serie de normas consuetudinarias y con el tiempo se fue basando en tratados internacionales que buscaban regular el trato a los soldados heridos, los civiles y los prisioneros de guerra, por lo que encuentra sus fundamentos de tiempo atrás. En la Segunda Guerra Mundial,

¹⁰ VILA Caro, Ma. Dolores. “*El Marco Jurídico en la Bioética*”. En Cuadernos de Bioética, Vol, 16, No. 58, 2005, p.p. 313 – 321.

muchos médicos estaban involucrados en un programa orientado a eliminar las “deficiencias hereditarias”. Se les requería a los médicos identificar pacientes que pusieran en riesgo la pureza genética de la raza germánica, como el caso de los sordos, los ciegos, maniacodepresivos, epilépticos, esquizofrénicos, alcohólicos crónicos, los portadores de la enfermedad de Huntington, etcétera¹¹. Pero en realidad, es durante la Segunda Guerra Mundial donde se cometieron los crímenes más atroces contra la humanidad, entre ellos, todo tipo de experimentación con seres humanos. Los médicos que participaron activamente en los experimentos con los deportados se justificaban moralmente apelando al progreso científico. Lo que se pretendía era depurar la raza, y se utilizaba a los deportados como cobayas para experiencias pseudomédicas¹².

En 1944 se reportó que algunos prisioneros del campo de concentración de *Auschwitz* fueron ejecutados por órdenes del Profesor August Hirt, director del Departamento de Anatomía de la Universidad de Strassbourg, con el fin de completar su colección de cráneos de todas las razas. Además, 86 prisioneros judíos de Polonia fueron ejecutados y posteriormente llevados al Departamento del Profesor Hirt. De hecho, a principios de 1989 salió a la luz el uso de diapositivas que contenían muestras de tejidos humanos provenientes de víctimas de las ejecuciones Nazi en una clase de Histología en escuelas médicas alemanas¹³. Todas estas prácticas no sólo atentaban claramente contra la bioética sino contra la vida y la dignidad de las personas.

Los experimentos contrarios a la bioética conducidos por los japoneses durante la Segunda Guerra Mundial no suelen ser tan conocidos como los llevados a cabo por los Nazis. Entre 1930 y 1945 los investigadores científicos japoneses realizaron pruebas de armas biológicas, usando agentes como el

¹¹ JONES, Gareth D. y WHITAKER, Maja I. *Speaking for the Dead. The Human Body In Biology and Medicine*. ASGATE, 2ª Edición. Inglaterra. 2008, p. 75.

¹² MARCOS del Cano, Ana María. “*La investigación clínica: potencialidades y riesgos*”. Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. Editorial Comares, España, 2008, p.p. 42 – 57.

¹³ JONES, Gareth D. y WHITAKER, Maja I. Op.Cit. p. 76.

antrax, cólera y varias sepas de tifoidea. Al menos 11 ciudades chinas eran usadas como objetivos en la experimentación con estas armas biológicas, y en una ocasión se lanzó una bomba que contenía pulgas infestadas con la peste bubónica, causando la muerte de casi 100 personas. También se valían de los prisioneros de guerra británicos, americanos, australianos y neozelandeses, que se encontraban en la Unidad 731¹⁴, los sometían a diversos experimentos, como el que consistía en drenar su sangre y sustituirla con sangre de caballo. Más de 3000 muertes se reportaron dentro de esta Unidad japonesa¹⁵.

En 1966 en el *New England Journal of Medicine* fueron expuestos y severamente criticados 22 artículos que eran éticamente inaceptables¹⁶. Uno de estos ensayos era acerca del estudio Tuskegee, en Alabama entre los años de 1932 y 1960. Se había investigado el desarrollo de la sífilis sobre un grupo de 400 hombres afroamericanos de los estratos más pobres de la población, a quienes habiéndoles diagnosticado la enfermedad, fueron mantenidos sin tratamiento para estudiar su evolución¹⁷. Otro estudio comprendía la inoculación de un virus en niños con retraso mental para poder probar determinadas vacunas, obteniendo el consentimiento de los padres a quienes se les engañó diciendo que los niños contraerían la enfermedad en cualquier caso y este experimento les ayudaría a su curación¹⁸. Se empieza a tomar al ser humano, a la persona, como un medio de experimentación, como un medio para generar conocimientos.

En 1963, en el Hospital Judío de Enfermedades Crónicas -*Jewish Chronic Disease Hospital*- a 22 pacientes con enfermedades crónicas se les inyectaron células cancerosas vivas, con el fin de investigar el grado de rechazo de las células en pacientes afligidos por enfermedades crónicas. Los pacientes ignoraban los objetivos ocultos de los investigadores, pues a ellos se les informó que dichas inyecciones se les administraban como parte del

¹⁴ Unit 731, situado en territorio de China.

¹⁵ JONES, Gareth D. y WHITAKER, Maja I. Op.Cit. p. 80.

¹⁶ VILA – Coro, Ma. Dolores. Op. Cit. p.315.

¹⁷ JONES, Gareth D. y WHITAKER, Maja I. Op.Cit. p. 81.

¹⁸ MARCOS del Cano, Ana María. Op. Cit. p.p. 42 – 57.

tratamiento¹⁹. Otro ejemplo se dio entre 1960 y mediados de los 70, en Nueva Zelanda, donde se llevó a cabo otra investigación del estilo de las anteriores en otros países, pero ésta se centraba en el cáncer cervical. Mujeres diagnosticadas con carcinoma *in situ* no eran tratadas médicamente pues el objetivo de la investigación era determinar el curso natural de la enfermedad. Como resultado, algunas mujeres desarrollaron innecesariamente carcinomas invasivos y otras murieron. Un último ejemplo se encuentra en Australia, entre 1945 y 1970, donde cientos de bebés y niños de orfanatos fueron utilizados para probar la efectividad de vacunas contra el herpes, la tosferina y la gripe²⁰.

Todos estos acontecimientos representan un ejemplo extremo de los dilemas éticos que surgen a raíz del uso del ser humano y de sus tejidos en las investigaciones médicas, y son precisamente estas actividades las que pusieron en relieve la necesidad de establecer determinados límites a la investigación en seres humanos y, lo que es más, avivaron la conciencia de proteger los valores más básicos del individuo por encima de cualquier Estado o legislación. Se abrió de nuevo el debate de que todo derecho positivo debería fundamentarse, para ser verdadero Derecho, en los valores básicos del ser humano, resurge el modelo *iusnaturalista*²¹. Estas prácticas evidenciaban la laxitud a la hora de legislar en materia de bioderecho, y en casos extremos, la carencia total de regulación en la materia. Esto se traducía en cierta libertad a la hora de investigar, pues todo lo que no está prohibido, está permitido.

¹⁹ JONES, Gareth D. y WHITAKER, Maja I. Op.Cit. p.p. 81 – 82.

²⁰ SOUTULLO, Daniel. “*Selección de Embriones y Principios de la Bioética*”. Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 21, 2004, p.p. 185 – 200.

²¹ MARCOS del Cano, Ana María. Op.Cit. p.p. 42 – 57.

2. Evolución de la Bioética

La necesidad de proteger a la persona tiene un trasfondo histórico en el que la experimentación con seres humanos, se presentó primero en la forma de principios éticos contenidos en códigos deontológicos, nacionales e internacionales. Después, con el paso del tiempo, las recomendaciones contenidas en dichos códigos se fueron incorporando en el cuerpo legal, como normas jurídicas dotadas de coactividad. Esto se traduce en la creación de una regulación garantista, que establece límites con la finalidad de reducir los riesgos implícitos en la investigación y evitar abusos. Como resultado, a lo largo de los años se han creado una serie de documentos en los que se han recogido estos principios fundamentales sobre experimentación e investigación en seres humanos, es decir, sientan las bases de la bioética moderna.

En el presente apartado se analizarán tres importantes documentos, dos de ellos internacionales y un Informe creado por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de Estados Unidos. Dichos textos se diferencian de los demás documentos internacionales que se mencionarán más adelante debido a que el primero, el Código de Nüremberg, es la respuesta final del Tribunal y por ende impuesta y no dialogada o negociada. Como consecuencia, la sociedad médica elaboró la Declaración de Helsinki, como protesta a los límites impuestos por el Código de Nüremberg. Finalmente, la importancia del Informe Belmont radica en que, a pesar de ser un texto nacional, sienta los cuatro principios básicos a la hora de legislar y realizar cualquier investigación médica en seres humanos.

2.1 Código de Núremberg, del 20 de agosto de 1947

El final de la Segunda Guerra Mundial tuvo como consecuencia por un lado, la creación de tribunales internacionales: el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (Tokio), dichos tribunales tenían encomendada la misión de juzgar y castigar los crímenes del holocausto nacional–socialista y del imperialismo japonés como Tribunal Militar de Núremberg, como consecuencia de los constantes atropellos contra los derechos humanos; y por el otro, el nacimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que recoge en sus treinta artículos los derechos que ninguna legislación nacional deberá transgredir. Los juicios de Núremberg vienen a ser el parteaguas y el punto de partida de la lucha contra la impunidad de aquellos que cometieron, a juicio de la comunidad internacional, los peores crímenes; entre los cuales se encontraban los médicos que habían hecho experimentos con prisioneros en campos de concentración. Viene a ser la primera vez en la historia que el ser humano funge como mero objeto sobre el cual se lleva a cabo la experimentación médica.

El Tribunal Militar Internacional enjuició a los criminales de guerra, entre los que se encontraban médicos que habían hecho experimentos con prisioneros de los campos de concentración. Desde el comienzo de la Segunda Guerra Mundial se realizaron, en Alemania, y en otros países ocupados por las fuerzas nazis, experimentos médicos calificados como crímenes en gran escala sobre ciudadanos no alemanes, prisioneros de guerra y civiles, judíos y personas "asociales". Tales experimentos no constituyeron acciones aisladas o casuales de médicos o científicos que trabajaban solos, sino que fueron resultado de una normativa y planteamiento coordinados desde el más alto nivel del gobierno, de la judicatura y del ejército. Fueron ordenados y aprobados, por personas que ocupaban cargos de autoridad, las cuales

estaban obligadas, de acuerdo a los principios de la ley, a conocer esos hechos y a tomar las medidas para impedirlos y ponerles fin²².

La decisión del Tribunal incluye lo que actualmente se conoce como el Código de Nüremberg, un texto relativamente breve, que nace inspirado en la sentencia del Tribunal homónimo, que es una declaración de 10 puntos que esbozan la experimentación médica permisible en seres humanos, sentando, de cierta manera, las primeras bases de la bioética moderna. A grandes rasgos, hace referencia a la participación voluntaria de los sujetos en la investigación, a la valoración científica del experimento, a la descripción clara de los objetivos y al beneficio del participante en las actividades experimentales. El texto se lee de la siguiente manera:

"El gran peso de la evidencia ante nosotros demuestra que algunos tipos de experimentos médicos, en humanos, cuando se mantienen dentro de límites bien definidos, satisfacen, por lo general, la ética de la profesión médica. Los protagonistas de la práctica de experimentos en humanos justifican sus puntos de vista basándose en que tales experimentos dan resultados provechosos para la sociedad, que no pueden ser procurados mediante otro método de estudio. Todos están de acuerdo, sin embargo, en que deben conservarse ciertos principios básicos para poder satisfacer conceptos morales, éticos y legales:

1. El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial, es decir, que a la persona involucrada debe tener la capacidad legal para dar su consentimiento.
2. El experimento debe realizarse con la finalidad de obtener resultados fructíferos para el bien de la sociedad, que no sean procurables mediante otros métodos o maneras de estudio, y no debe ser escogido al azar ni ser de naturaleza innecesaria.
3. El experimento deber ser diseñado y basado en los resultados obtenidos mediante la experimentación previa con animales y el pleno

²² Nüremberg Judgment. Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgment, U.S. Government, Printing Office, 1947.

conocimiento de la historia natural de la enfermedad u otro problema bajo estudio de modo que los resultados anticipados justifiquen la realización del experimento.

4. El experimento debe ser conducido de tal manera que evite todo sufrimiento y daño innecesario sea físico o moral.
5. Ningún experimento debe ser conducido donde hay una razón "*a priori*" para asumir que puede ocurrir la muerte o daño irreparable: menos, quizás, en aquellos experimentos donde los realizadores del mismo también sirvan como sujetos de experimentación.
6. El grado de riesgo tomado no debe exceder nunca el determinado por la importancia humanitaria del problema a ser resuelto por el experimento.
7. Se deben proveer las precauciones adecuadas y tener facilidades óptimas para proteger al sujeto involucrado de la más remota posibilidad de lesión, incapacidad o muerte.
8. El experimento debe ser conducido únicamente por personas científicamente calificadas. El grado más alto de técnica y cuidado deben ser requeridos durante todas las etapas del experimento, bien de quienes lo conducen así como de los que toman parte de éste.
9. Durante el curso del experimento el sujeto humano debe tener la libertad de poner fin a éste, si ha llegado al estado físico o mental donde la continuación del experimento le parece imposible.
10. Durante el curso del experimento el científico que lo realiza debe estar preparado para interrumpirlo en cualquier momento, si tiene razones para creer (en el ejercicio de su buena fe, habilidad técnica y juicio cuidadoso) que la continuación del experimento pueda resultar en lesión, incapacidad o muerte para el sujeto bajo experimentación".

Más tarde, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad de votos la Resolución 95, titulada "Confirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg". Esto traería aparejada dos consecuencias: por un lado, la Asamblea General confirmaba los principios de Derechos Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg

y por las sentencias de dicho Tribunal. La segunda consecuencia era el compromiso de codificar dichos principios, tarea encomendada a la Comisión de Derecho Internacional, órgano auxiliar de la Asamblea General. En 1950 dicha Comisión aprobó un informe sobre los principios de derecho internacional y bioética reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg²³.

El código, precisamente, por su origen, no trata específicamente la investigación médica en pacientes con enfermedades, aun así se entendió como base ética, y por primera vez jurídica, general e internacionalmente reconocida, de la actividad médica. Como se puede apreciar, los procesos de Nüremberg significan un hito importante en el desarrollo del Derecho Internacional y la bioética, así como para el desarrollo de una conciencia universal de los derechos humanos frente a la ciencia. Este código fue complementado por la Asamblea Médica Mundial que adoptó la *Declaración de Helsinki*, en el año 1964.

2.2 Declaración de Helsinki de 1964 -que se revisó en Tokio (1975), Venecia (1983), Somerset West (1996) y Edimburgo (2000)-

La Declaración de Helsinki fue adoptada por primera vez en el año de 1964 por la Asociación Médica Mundial. Era una respuesta por parte de los médicos al Código o Estatuto de Nüremberg. A través de ella la profesión médica busca demostrar que era posible la autorregulación en el control bioético de la investigación con seres humanos. Los médicos nunca sintieron propio aquel código surgido en tan terribles circunstancias y que, según ellos,

²³ MARCOS del Cano, Ana María. Op.Cit. p.p. 42 – 57.

era en buena medida ajeno a la profesión y elaborado sólo para juzgar criminales²⁴.

Dicho documento resulta no sólo interesante sino también importante porque es considerado por muchos como el primer modelo mundial de la investigación biomédica. A diferencia del Código de Núremberg, la Declaración de Helsinki de 1964 basaba los postulados éticos no en el consentimiento del sujeto, sino fundamentalmente en la integridad moral y responsabilidad del médico.

La Declaración se elaboró con el fin de evitar que el control jurídico y ético de la investigación saliera del ámbito de la profesión médica. Dicho objetivo nunca se alcanzó debido a que tras el conocimiento de varios hechos, como el caso de sífilis de Tuskegee en 1972, se introdujo en su articulado la necesidad del consentimiento del paciente y el control externo, así como la necesidad de la revisión por comités independientes. Lo anterior resulta comprensible, no se puede ser juez y parte, pues se corre el riesgo de perder la objetividad.

En su segunda revisión, en Tokyo, en 1975, se incluyeron cambios notables como fue la valoración por comités independientes, y se convirtió en una referencia ética en la práctica. El diseño y la ejecución de cada procedimiento experimental en seres humanos debía formularse claramente en un protocolo experimental, que debía remitirse a un comité independiente, especialmente designado para su consideración, observaciones y consejos²⁵.

Pero la revisión más a fondo se llevaría a cabo en Edimburgo, en el año 2000. El origen de dicha revisión fueron las fuertes críticas provocadas por los estudios de AZT -medicamentos contra el SIDA- controlados con placebo en África. En esta revisión, se ha limitado el uso de controles con placebo a

²⁴ MORI, Maurizio y NERI, Demetrio. “*Perils and Deficiencies of the European Convention on Human Rights and Biomedicine*”. Journal of Medicine and Philosophy, Vol. 26, No. 3, 2001, p. 233. MARCOS del Cano, Ana María. Op.Cit. p.p. 50-57.

²⁵ MARCOS del Cano, Ana María. Op.Cit. p.p. 42-57.

circunstancias especiales y se recomienda no usarlos en los casos en que existe un método profiláctico, terapéutico o de diagnóstico de eficacia comprobada. El ámbito de aplicación se extiende no sólo a los seres humanos, sino también al material de origen humano -órganos, tejidos, células, etc- y aquella que utiliza registros de sujetos identificables, dando cierta cobertura a la investigación epidemiológica²⁶.

2.3 Informe Belmont de 1978

En 1972 el público estadounidense tuvo conocimiento del caso de Tuskegee, realizado en Alabama durante 40 años. A consecuencia de esto, el Congreso de los Estados Unidos creó en 1974 la Comisión Nacional para la protección de Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica y Conductual. En 1978 esta Comisión presentó un informe titulado Informe Belmont: Principios Éticos y Pautas para la Protección de Sujetos Humanos en la Investigación. Este informe contiene los principios bioéticos elementales para la realización aceptable de cualquier investigación con seres humanos, principios como el respeto a la persona, la beneficencia y justicia. El Congreso de los Estados Unidos trabajó desde 1974 a 1978, y a esos tres principios añade el principio de no maleficencia, propuesta por Tom L. Beauchamp y James F. Childress, creando así una formulación positiva y negativa, que se complementan. Los cuatro principios antes mencionados se resumen de la siguiente manera:

- a) Principio de respeto a las personas -o Principio de Autonomía-: es decir, la capacidad de decisión de los pacientes ante los tratamientos a los que puedan ser sometidos, dado que se asume que son -deben ser- personas autónomas. Este principio básicamente se sintetiza en dos puntos: el primero, que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos y; el segundo es que todas las personas cuya autonomía se encuentre disminuida tiene derecho a la protección.

²⁶ Ibidem.

- b) Principio de Beneficencia: implica el no causar daño, a la vez que se busca maximizar los beneficios y disminuir los posibles daños. En otras palabras, se refiere a la necesidad de que las intervenciones sobre los pacientes deban perseguir su beneficio y su bienestar, es decir, deben ir encaminadas a la curación de las dolencias que padecen y a aliviar su sufrimiento.
- c) Principio de Justicia: aquí se trata más bien de una justicia distributiva, que en *latto sensus* se refiere a la distribución equitativa de los derechos, beneficios y responsabilidades o cargas en la sociedad. El principio de justicia, a su vez está relacionado con la distribución equitativa de los recursos en el ámbito de la asistencia sanitaria, cuando éstos son limitados, sin que se puedan justificar discriminaciones basadas en criterios económicos, sociales, raciales, religiosos, genéticos, etc. También afectarían al principio de justicia las discriminaciones que pudieran sufrir terceras personas como consecuencia de intervenciones genéticas en el ámbito sanitario, o en otros ámbitos, de las que se pudiesen derivar beneficios para los sujetos objeto de la intervención. Jurídicamente, este principio se resume en el derecho a no ser discriminado.
- d) Principio de no maleficencia: sostiene que nunca es lícito hacer el mal, responde a la máxima *primum non nocere*. Hace referencia a que en las intervenciones médicas -de investigación, diagnósticas o terapéuticas- no se debe infligir ningún daño o maleficio a las personas objeto de las mismas. Ni siquiera en el caso de que de tales intervenciones se derivaran aplicaciones posteriores de utilidad para la colectividad²⁷.

Han sido numerosos los atentados que, en nombre de la ciencia, se han realizado contra la dignidad y la vida humana. Especialmente en la primera mitad del siglo XX la historia de la experimentación sobre los seres humanos ha tomado en ocasiones caminos contrarios a la dignidad humana, en muchas ocasiones bajo un desordenado afán de contribuir al progreso de la ciencia o de alcanzar un protagonismo irresponsable, en otras.

²⁷ SOUTULLO, Daniel. Op.Cit. p.p. 185 – 200.

3. La Bioética en los albores del siglo XXI

El *Diccionario* de la Real Academia Española define Bioética como la “*aplicación de la ética a las ciencias de la vida*”, evidentemente esta definición se desprende del sentido etimológico de la palabra. En sentido estricto no se trata de una rama de la Biología o la Medicina, a pesar de sus evidentes relaciones con estas disciplinas. La Bioética se centra en los problemas éticos, pero también sobre este aspecto hay diversas posturas, pues si bien hay quien postula estrictamente este enfoque, en general suele postularse un enfoque más amplio, que incluye los aspectos morales y políticos²⁸.

Se ha afirmado que los problemas éticos con los que se enfrentó la bioética en sus comienzos siguen vigentes hoy en día, problemas como: el respeto por la autonomía y la dignidad de la persona, los problemas que plantea el comienzo y el final de la vida humana, la relación médico - paciente, la pulcritud ética en el ámbito de las investigaciones, entre otras. Por lo que es claro que la bioética surge como respuesta a la ambigüedad e incertidumbre que plantean los avances científicos y tecnológicos, que son capaces al mismo tiempo de aportar grandes beneficios al ser humano y causarle graves daños.

En su tiempo, Lévi - Strauss había reflexionado acerca del doble sentido del progreso, finalmente concluyendo que habría que reconocer que cada avance o progreso técnico, y en este caso biomédico, tiene, como correlativo histórico, el desarrollo de la explotación del hombre por el mismo hombre; no se trata de negar la realidad del progreso de la humanidad, sino que se debe concebir con una mayor prudencia y cautela²⁹.

En la línea de las amplias dimensiones de cambio, cabría señalar no pocos desafíos para las sociedades actuales y futuras. Por lo que se debe plantear

²⁸ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p. 120.

²⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. Raza e Historia. Atlaya. Madrid, 1999, p.p. 37 – 104.

constantemente cuáles serán los nuevos retos a producirse, y a los cuales el Derecho y, concretamente, los valores constitucionales habrán de dar respuesta. Pero lo que verdaderamente puede tener un alcance más profundo, así como incidencia en los valores y principios constitucionales y éticos, entre otros son, los siguientes:

- Los movimientos migratorios
- El terrorismo
- Los avances científicos en Biología y Medicina, y en particular los espectaculares avances en materia de Genética.
- Los avances tecnológicos, específicamente la denominada tecnología de la información y la comunicación³⁰.

De igual manera, habrá que tomar en cuenta los principios fundamentales de la bioética personalista: a) el valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad; b) la vida, la verdad y la libertad son bienes inseparables; c) conocer para curar, no para manipular; d) no todo lo técnicamente posible, es moralmente admisible; y e) la tutela, por parte del Estado, del bien de las personas a través del derecho constitucional.

La bioética en la medicina en el siglo XXI no se manifestará a través de las construcciones teóricas de académicos, como sucedió con los principios de Beauchamp y Childress. Sin lugar a duda los retos que se le presentan a la sociedad actual son muchos y complejos, pero no se puede perder de vista que hay que hacer frente a los problemas del hoy y del mañana. A pesar de la buena fe que encierran estos intentos por sentar principios, no se puede negar que dichos principios bioéticos son insuficientes a la hora de implementar una adecuada protección. Su eficacia innegablemente requiere de la fuerza coactiva que aporta el Derecho, por lo que paulatinamente se irán plasmando en forma de normas jurídicas, es decir, pasan del mundo de la Bioética al Bioderecho.

³⁰ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p. 19.

En el estado actual del conocimiento cabe tener en vista los avances científicos previsibles o muy probables, y parece razonable apuntar al menos hacia alguna idea sobre cuáles pueden ser las pautas o criterios generales que deberán utilizarse para darles una respuesta adecuada³¹. Para hacer frente a estos retos, las sociedades, los ordenamientos jurídicos y, más específicamente, los sistemas constitucionales tienen que asumir algunas tareas de cara a la consecución de ciertos objetivos con respecto al problema principal que se aborda a lo largo de este trabajo, que es el avance de la medicina:

- 1) Promover el desarrollo de la Ciencia y de la Medicina como instrumentos para mejorar las condiciones de vida de las personas, posibilitando la investigación en estos terrenos.
- 2) Preservar en todo caso la dignidad de la persona, entendida no sólo como derecho subjetivo del individuo sino también en su dimensión axiológica que afecta a toda la Humanidad. Perfilar o delimitar este concepto y su significado, aplicando las consecuencias oportunas del mismo en el campo de las prácticas médicas y en el del desarrollo y aplicación de las investigaciones en materia genética.
- 3) Proteger la vida humana allí donde se encuentre, como un bien constitucionalmente reconocido y garantizado. Delimitar este concepto y precisar el momento de su origen y el de su protección jurídico-constitucional, así como los momentos en los que éste alcanza una especial intensidad y el comienzo de su dimensión subjetiva individual.
- 4) Precisar y, en su caso, revisar el concepto de persona y sus consecuencias jurídicas.
- 5) Desarrollar las nuevas tecnologías como instrumento al servicio del hombre y de sus mejores condiciones de vida, en la medida permitida en cada momento por el avance de la ciencia. Fomentar la investigación en la materia.

³¹ Ídem. p. 161.

- 6) Posibilitar el acceso de todos a esas nuevas tecnologías, que deben considerarse como un derecho universal, y conseguir que sean un instrumento real para el ejercicio de los derechos fundamentales³².
- 7) Establecer los límites necesarios para que la utilización de las nuevas tecnologías no suponga una amenaza adicional para los derechos de la persona, protegidos tanto a nivel constitucional como internacional.

Lo cierto es que se plantea un reto descomunal para la Ética y, principalmente, para el Derecho, implicando un serio cuestionamiento a los límites que hoy permiten definir el concepto de persona, y poniendo a prueba todos los valores constitucionales que se vienen aplicando para hacer frente a los retos que ya hoy plantean con urgencia los desarrollos de la Ciencia. Por otro lado, parece incuestionable la relación entre la Bioética y la Constitución, ya que la Bioética se centra en los problemas planteados por la vida humana, por lo que naturalmente los recientes avances en materia genética son una de sus preocupaciones fundamentales. El embrión, el preembrión y, más allá, la composición genética del ser humano y los tratamientos o prácticas que la moderna Medicina puede llevar a cabo sobre ellos son, sin lugar a duda, un objeto de interés prioritario para la Bioética. Y debieran serlo también para el Derecho Constitucional, puesto que los desarrollos científicos alcanzados en este ámbito ponen en juego valores constitucionales fundamentales, como la dignidad, la vida y los derechos fundamentales. Es por esto, que el Derecho Constitucional y la Bioética de cierta forma se complementan, esto debido a que las aportaciones de cada una de estas disciplinas tienen gran utilidad para la otra. Visto así, la Bioética actúa como un apoyo importante para el Derecho Constitucional. No se debe perder de vista que los valores constitucionales son conceptos cuyo significado trasciende, al menos de forma parcial, el ámbito de lo jurídico. La definición de estos valores a menudo requiere del auxilio de otras disciplinas como la Ciencia Política, la Sociología, la Filosofía o la Ética. La Bioética propone el sentido o significado que se le debe dar a esos valores, tomando como referencia las aportaciones de las diversas ciencias que conforman su esencial interdisciplinariedad. Por su parte, el Derecho

³² Ídem. p. 22.

Constitucional aporta a la Bioética los valores con los cuales afrontar los problemas planteados por la Biomedicina y la Genética³³, en otras palabras, podría decirse que aporta legitimidad a esos valores que la sociedad ha considerado esenciales y que la Bioética salvaguarda.

4. De la Bioética al Bioderecho

Ahora bien, no se debe perder de vista que la bioética no nació como fruto de una reflexión académica, sino como una respuesta natural de la sociedad a una problemática que pugnaba por hallar nuevos cauces de expresión y otras formas de tratamiento con la intervención de nuevos protagonistas. En su camino se ha ido vinculando al derecho y, desde entonces, su objetivo es la búsqueda de respuestas comunes a temas trascendentes para el ser humano, traídas por el avance de las ciencias de la vida³⁴.

Los avances científicos y tecnológicos a la vez que asombran, plantean dilemas éticos y morales, de cuya respuesta se encarga la bioética vinculando los hechos biológicos con los valores éticos. En tanto, se hace necesaria la juridicidad de la bioética, es decir el bioderecho, para traducir esas respuestas en normas jurídicas, obligatorias a la obediencia general, promoviendo el bien social. Es decir, los efectos de exponer a la humanidad entera a un enfrentamiento con sus propios juicios -acerca de los fenómenos biológicos, psicológicos y sociales- a medida que se van descubriendo las consecuencias de la intervención humana en materia de manipulación genética y la investigación con células madre embrionarias, es lo que orilla a los juristas a promover la regulación de la misma. Es normal que el Derecho actúe con cierto

³³ Ídem. p.p. 121 – 163.

³⁴ DARÍO Bergel, Salvador. “*Los Derechos Humanos entre la Bioética y la Genética*”. Acta Bioethica, no. 2, 2002, p. 318.

rezago a todos los cambios adelantos científicos y tecnológicos, pues sólo se debe regular materia cuando exista consenso dentro de una sociedad.

El mismo impulso que en los años setenta del siglo pasado llevó a que las reflexiones éticas se aplicaran a cuestiones biomédicas dando lugar a conceptos hoy plenamente establecidos como el de bioética, es el que está conduciendo ahora al desarrollo de una disciplina jurídica que trasciende a las existentes puesto que se ocupa de una variedad de problemas y exige también una serie de respuestas que tocan a muchas de las disciplinas tradicionales. No se puede esperar que las ramas convencionales de derecho puedan regular todos los problemas que surgen a raíz de la aplicación de los avances de la biomedicina y la genética

Con la posmodernidad, la biogenética y la biomedicina marcan el ámbito más avanzado del conocimiento humano, y evidentemente esto no es ajeno al debate jurídico. En este sentido, el derecho debe avanzar para reconocer las transformaciones sociales, de lo contrario su función queda obsoleta. Por tanto, la evolución jurídica implica reconocer los vacíos de la legislación para buscar una adecuada reglamentación de las materias como una actitud de los juristas más participativa que juridifique el avance del conocimiento³⁵.

Habría que plantearse ¿la razón última del derecho es la persona humana? A lo que cabe responder que es esa persona humana, también objeto del estudio científico, es lo que el derecho debe proteger a toda costa. Lamentablemente los principios bioéticos resultan insuficientes para una adecuada protección, su eficacia requiere de la fuerza coactiva del Derecho, por lo que con el paso del tiempo se irán incluyendo en las normas jurídicas, en otras palabras la Bioética daría paso al Bioderecho, pues el Bioderecho sería el resultado de plasmar dichos principios bioéticos en la normativa jurídica.

³⁵ NIETO Castillo, Santiago. “*Notas sobre el Derecho Genómico en México*”. Revista Derecho y Cultura, Invierno 2001 – Primavera 2002, p.p 116-117.

Es por esto, que hoy en día resulta evidente que el discurso bioético resulta insuficiente a la hora de proteger los derechos fundamentales en la aplicación de los avances científicos a los seres humanos. Como respuesta a esta ineficiencia ha surgido el bioderecho, el cual se plantea como objetivo establecer un cauce jurídico que impida sobrepasar ciertos límites, garantizando y tutelando el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales del hombre.

A los avances de la biomedicina, la idea de progreso parece ir unida a la relativización o devaluación del respeto a la vida, a la dignidad y a los demás derechos fundamentales. No se concibe un mejor fundamento para los derechos que la dignidad humana, la cual muestra todas sus posibilidades comprensivas y transformadoras o sus dificultades ordenadoras, cuando afirma sus raíces frente a los dilemas concretos que se presentan con relación a los novísimos desafíos del bioderecho³⁶. Hay que tener en cuenta, que si bien la bioética es anterior al bioderecho, desde un punto de vista cronológico, no debería entenderse que este último se encuentra subordinado al primero, pues el bioderecho no es una rama de la bioética.

El proceso de respuesta jurídica y legislativa ha sido mucho más lento, contando, además con que se ha incorporado con retraso a la regulación normativa general de estas cuestiones, habiéndose producido tardíamente el interés de los juristas y del legislador por las cuestiones bioéticas. De hecho, por parte de la doctrina se ha constatado que dentro del complejo de las ciencias sociales, es quizá la jurídica la que más acusa su desfase con respecto a la evolución de los acontecimientos y el progreso de las ciencias naturales, más aún, las leyes nacionales a las que se debe recurrir para solucionar los problemas que plantea la aplicación de nuevas técnicas relacionadas con la vida son inadecuadas, obsoletas o simplemente inexistentes o nulas, lo que repercute en las tareas de los aplicadores del

³⁶ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. En *Revista de Derecho Político*, no. 66, 2006, p.p. 196 -197.

derecho, los jueces³⁷. Conviene tener en cuenta que en los últimos quince años, se ha producido un cambio tan profundo que los problemas de las relaciones entre bioética y derecho, o bioderecho, se han convertido en protagonistas de la reflexión jurídica, a nivel nacional, pero es a nivel internacional donde se encuentran los verdaderos avances jurídicos.

La estrecha relación entre los temas biológicos, médicos, tecnológicos y jurídicos que se presenta en la actualidad, hace necesario la creación y estudio de una disciplina compleja, el bioderecho, que tiene amplias ramificaciones y comprende un extenso cuerpo normativo. Diego Valadés entiende por bioderecho como *“el conjunto de disposiciones jurídicas, decisiones jurisprudenciales y principios del derecho aplicables a las acciones de investigación, de desarrollo tecnológico y de naturaleza clínica que incidan en la salud e integridad física de las personas, para que se ejerzan con responsabilidad, preservando la dignidad, la autonomía informativa, la seguridad jurídica y la integridad psicológica de los individuos, y la equidad social”*³⁸.

Vila - Coro denomina "biojurídica", o bioderecho, a la ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico - positivas, de *lege ferenda* y de *lege lata*, para lograr verificar su adecuación a los principios y valores de la ética en relación con la vida humana, que es tanto como decir, su adecuación a los valores de la bioética³⁹. En el mismo sentido, Porras del Corral puntualiza que la necesidad de articular un marco jurídico que venga a ser como el punto de encuentro en el que queden reflejados los principios éticos universal e irrenunciables, que sean expresión fiel de las exigencias mínimas de todo ser humano, proviene de la complejidad de los problemas suscitados en el campo de las ciencias de la vida, con gran pluralidad de

³⁷ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p.p. 95 – 96.

³⁸ VALADÉS, Diego. *“Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico”*. Panorama sobre la Legislación en Materia del Genoma Humano en América Latina y el Caribe. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2006, p.p. 387-389.

³⁹ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p.p. 95 – 96.

puntos de vista, donde no existe un pronunciamiento unánime en cuestiones tan importantes como el definir, por ejemplo, qué es la vida, o concretar, cuándo comienza o termina la vida humana o qué se entiende por vida digna⁴⁰.

Cabe añadir un matiz nuevo, además de importante, a la discusión, esto es, partiendo de la base de que determinadas cuestiones bioéticas deben ser convertidas en normas jurídicas, con toda la consciencia de eficacia y exigibilidad. Legislar es tarea de por sí compleja, pero se reviste de una complejidad agravada cuando se trata de legislar en los temas centrales de la bioética, es decir, los que giran en torno a la vida y la muerte⁴¹. Sin embargo, debido al peligro actual y real que derivan del progreso científico en el campo de la biomedicina y la genética resulta necesario introducir controles jurídicos.

Teniendo en cuenta que el bioderecho tiene como finalidad única proteger los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones, relacionados con las aplicaciones de la biomedicina y la biotecnología al ser humano, se debe tener presente los avances y desarrollos de estas ciencias y técnicas para proyectar sobre ellos los valores que identifican a la persona humana y que exigen su necesario respeto, porque el derecho no es solamente un aglomerado de disposiciones y reglas, mandatos y prohibiciones, técnicas y procedimientos, sino que es cauce por el que fluye la vida entera de una comunidad con sus tradiciones, convicciones, valores, historia común, sentimientos, así como su acervo religioso y cultural que traslucen una concepción del hombre y de la vida, siendo por tanto, un instrumento idóneo para asegurar ciertos valores de convivencia⁴².

Ollero identifica ambos vocablos. Entiende el bioderecho como *“una nueva rama jurídica caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción a su final. Se la ha calificado en ocasiones, impropriamente como «Biojurídica». La bioética es una rama de la ética,*

⁴⁰ VILA-Coro, Ma. Dolores. Op.Cit. p.p. 313 – 321.

⁴¹ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p.p. 104 – 111.

⁴² Ídem p. 109.

*entendido este término como sustantivo y no como adjetivo; si llamamos «Derecho» al estudio de la regulación jurídica de diversos aspectos de la vida en sociedad, parece lógico acudir a tal sustantivo y no a un adjetivo para identificar a la nascente disciplina*⁴³. Los temas objeto de reflexión o de examen pueden ser, en algunos casos, los mismos; pero se podría subrayar el mayor interés del bioderecho por la perspectiva externa y por la dimensión de alteridad de las acciones humanas, mientras que, en la bioética, ocuparía un papel central la noción de virtud⁴⁴. Es decir, mientras que a la ética le interesa el sistema de valores que reside en cada persona y lo que motiva su actuar, el derecho se centra los resultados que derivan de la actuación de la persona, y su repercusión en la sociedad

Además, y atendiendo al contenido de las aportaciones de los diversos autores, podría afirmarse que la biojurídica y el bioderecho remitirían a niveles de conocimiento distintos. En general, el bioderecho abordaría el estudio de las realidades o «fenómenos bioéticos» –es decir, de los diversos conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones humanas, como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la salud–, *desde la perspectiva de la ciencia jurídica*. Lo fundamental, por ello, es que se trata de aproximaciones *desde* el derecho positivo. Por ello, se estaría ante una parte de la ciencia jurídica de la que, en realidad, siempre se han ocupado los juristas. La novedad actual radicaría en el hecho de que, en las últimas décadas, la normativa legal referente a estas materias ha sufrido un notable desarrollo. Ello podría llevar a justificar la existencia de esta nueva disciplina, también denominada biolegislación.

La biojurídica es “*el saber que se ocupa de analizar la incidencia de los fenómenos bioéticos en la ciencia del Derecho* (de ahí que dentro de esa Biojurídica se encuentre con los problemas más acuciantes de la ciencia jurídica, como las relaciones entre Derecho y Moral, la axiología jurídica, la

⁴³ OLLERO, Andrés. Bioderecho. Entre la vida y la muerte, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 19.

⁴⁴ APARISI Miralles, Ángela. “Bioética, bioderecho y biojurídica”. Op.Cit. p. 73.

búsqueda del fin y las funciones del Derecho, las lagunas del Derecho, la interpretación jurídica, la función creadora de los jueces, etc.); *como consecuencia de ello, incluiría el estudio sobre la legislación en la materia* (biolegislación) *y la jurisprudencia* (biojurisprudencia), *y sobre todo, la búsqueda del paradigma del derecho capaz de normar estas situaciones de modo acorde con las exigencias de dichos fenómenos*⁴⁵. Remite a la reflexión teórica sobre el tema bioético, desde una perspectiva no ética, sino estrictamente jurídica, mientras que la «biolegislación» es el resultado de la actividad del legislador llamado a traducir en normas legales los principios elaborados en sede biojurídica⁴⁶. Abordaría, asimismo, cuestiones bioéticas, pero adoptando una perspectiva distinta, la aportada por la filosofía jurídica. De este modo, la función de la biojurídica será, precisamente, la de justificar aquellos principios, no morales, sino propiamente jurídicos, en los que se apoyaría el bioderecho o la biolegislación.

La biojurídica, se auxilia de la bioética, para obtener las claves necesarias para poder interpretar los datos empíricos que aportan día a día los avances científicos. Al final, se tendrá la certeza de haber legislado acertadamente siempre que las leyes vayan a favor de la vida; se respeta la dignidad de las personas y los derechos que le son inherentes a cada ser humano⁴⁷. Al respecto, se debe tener muy presente que el listado de derechos y libertades no está, no puede estar cerrado, sino que el descubrimiento de nuevos logros científicos, técnicos y sociales irá ampliando su dinámica expansiva; en este sentido el bioderecho se debe encontrar muy atento para proyectar sobre toda la realidad social que afecte al hombre desde los ámbitos de la biomedicina y las biotecnologías, la exigencia del respeto a la primacía de la persona, de la vida humana.

⁴⁵ MARCOS del Cano, Ana María. "La biojurídica en España", Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, vol. IV, serie LXXI, 1994, pág. 132.

⁴⁶ IAGULLI, Paolo. "Diritti riproduttivi" e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche. G. Giapichelli, Torino, 2001, p.108.

⁴⁷ ABELLÁN, Fernando. "Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genéticos preimplantario (DPG)". Revista de la Escuela de Medicina Legal. Septiembre, 2003, p. 24.

Parece que la biojurídica podría abordar, entre otras, las siguientes cuestiones:

- El problema conceptual. Aquí se incluiría la reflexión acerca del contenido de la biojurídica, de sus diferencias y relaciones con la bioética o el bioderecho.
- La dimensión axiológica. En esta parte se abordarían los problemas relativos al fundamento y legitimidad del bioderecho para intervenir en los concretos problemas bioéticos.

También incumbe a la biojurídica abordar la cuestión relativa a la intersección entre el bioderecho y la realidad social. De ahí la necesidad de efectuar una indagación de la realidad legal, contrastada con la estructura social, cultural y política, de la que el propio bioderecho forma parte. En esta sección se incluirían, por ello, no sólo la temática de las relaciones entre cambio social y cambio jurídico, sino también la influencia del bioderecho en la transformación de la sociedad⁴⁸.

De esta manera, a biojurídica se sitúa así más bien en el plano del *iusfilosófico*, y su objeto de deliberación, por ello, no son simples fenómenos físicos, sino conductas, acciones y decisiones humanas. A la biojurídica le corresponde reflexionar sobre las normas vigentes, a la luz del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos.

Así, la Bioética y la Biojurídica aspiran a resolver las tensiones entre lo “técnicamente posible”, lo “moralmente aceptable” y lo “jurídicamente admisible” y a conseguir la adecuación de la norma positiva con los principios éticos, desde el respeto a la dignidad del hombre y a los derechos y libertades fundamentales que le son inherentes⁴⁹. La aparición de fenómenos o realidades nuevas, como las que han propiciado el campo de las ciencias de la

⁴⁸ APARISI Miralles, Ángela. “*Bioética, bioderecho y biojurídica*”. Op.Cit. p. 83.

⁴⁹ LANZAROTE Martínez, Pablo. “*La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos*”. Cuaderno de Bioética, no. 17, 2006, p. 152.

vida, que el ordenamiento jurídico está obligado a normar, exige al intérprete la búsqueda de los valores ético-sociales que subyacen en aquellos, llegando incluso a plantearse la aptitud de la ética para ser fuente de producción normativa, sin olvidarse que el derecho opera en la esfera deontológica o del deber ser y no en la ontológica o del ser⁵⁰.

Por todo ello, en el momento de la historia que ha tocado vivir, es más urgente que nunca plantear interrogantes sobre qué es el hombre como sujeto, como individuo y como persona. Si se pretende abordar estos conceptos desde la bioética y el bioderecho se hace necesario profundizar previamente en una concepción metafísica de la persona que comprenda a la vez la dimensión ética y jurídica que le son inherentes. Sólo así se podrá huir del pragmatismo y del utilitarismo para cuyas concepciones afirman que no todo ser humano es persona, restringiendo así la titularidad de los derechos humanos sólo a algunos hombres. Lo que está en juego es la noción misma de persona y en definitiva la existencia de los derechos humanos⁵¹.

El “bioderecho” no sería más que un instrumento que permitiría tratar las consecuencias sociales de los avances tecnológicos. Pero no hay que olvidar que más que una serie de reglas, y más allá de la función instrumental, el derecho expresa los valores fundamentales de una sociedad. Pero resulta evidente que uno de los más importantes retos que debe abordar el bioderecho a nivel global no se presenta en el ámbito de los textos, sino a nivel de la praxis jurídica, en el ámbito de la interpretación del derecho⁵².

Nadie se atrevería a poner en tela de juicio la urgencia en el proceso legislativo y doctrinal que se tiene ante un progreso científico, médico y social a

⁵⁰ Ídem. p.p. 173- 174.

⁵¹ MARTÍNEZ Morán, Narciso. “*Persona humana e investigaciones médicas*”. En *Biotechnología, Derecho y dignidad humana*. Editorial Comares, Granada, 2003, p.p. 3-43.

⁵² ALBERT, Marta. “*¿Hacia un bioderecho universal? Bioderecho en acción y funcionalización del valor de la vida humana*”. Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013, p.229.

la altura de la dignidad del hombre⁵³. Es por esto que, teniendo en cuenta la pluralidad de un sistema democrático, la legislación en esta materia deberá basarse en una denominada “ética de mínimos”, que garantice una máxima y eficaz tutela de los derechos fundamentales, a la vez que promueva respeto por parte del legislador a la propia finalidad de las ciencias de la salud, que siempre se encuentre al servicio de la persona humana. En otras palabras, el derecho, a través de las normas que se dictan en temas biomédicos no pretende darle una forma jurídica, es decir, *juridizar*, la ética médica. El sistema jurídico no tiene como objetivo el perfeccionamiento moral de la persona, sino que sólo aspira a que la coexistencia social se rija por parámetros de justicia. Así pues, el sistema jurídico se limita a fijar el *minimun ético* necesario para la vida en sociedad⁵⁴.

En materia de bioética, resulta obvio que el Derecho no puede abarcar y regular la gran cantidad de situaciones clínicas conflictivas que pueden producirse. Ante estos problemas que plantea la bioética, el derecho no puede estar tan atrás de los acontecimientos científicos, tecnológicos y sociales, como tampoco adelantarse imprudentemente a éstos, retrasando el desarrollo humano⁵⁵. Cabe tener en cuenta los grandes problemas a los que se enfrenta el Derecho:

- La tecnología que rodea las técnicas génicas y biomédicas crece sin cesar, por lo tanto la regulación legal al respecto se encuentra en un constante peligro de convertirse en una regulación obsoleta al poco tiempo de su entrada en vigor.
- Debido a la amplitud y a la variedad en el campo de la genética y biomedicina, es muy difícil precisar los supuestos ficticios de la norma, puesto que no sólo se tienen que contemplar las conductas que se pueden derivar de los conocimientos actuales en la materia, sino que

⁵³ LEÓN Correa, Francisco Javier. “*Dignidad Humana y Derechos Humanos en Bioética*”. Revista de Biomedicina, Vol. 3, N°1, 2007, p.p. 71- 81.

⁵⁴ ANDORNO, Roberto. “*Técnicas de Procreación Asistida*”. En el acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. p. 209-210.

⁵⁵ LANDA, César. “*Dignidad de la Persona Humana*”. En Cuestiones Constitucionales, no. 007. 2002, p. 135.

también, el legislador debe de ir más allá, tratando de anticiparse a las conductas que se pudieran suscitar en el futuro.

- Tampoco es conveniente que las normas jurídicas sean absolutamente limitativas en cuanto anulen por completo la posibilidad de avance en la investigación, pues no sólo supondría un retroceso para la sociedad, sino que violaría la libertad de investigación.
- Se debe diferenciar cuáles son los derechos dignos de ser protegidos, atendiendo siempre a la salvaguardia de la dignidad humana, y cuáles son los bienes jurídicos protegidos.
- Es indispensable que se unifiquen los criterios de los científicos y de los juristas para definir un determinado concepto, puesto que muchas veces se utilizan distintos términos para designar una misma cosa. La Ley en este sentido, debe de ser lo más clara posible, definiendo los conceptos científicos y las técnicas genéticas contempladas en la misma⁵⁶.

Ni la necesidad ni la urgencia de estas exigencias pueden llevar a concebir que sólo las normas jurídicas, coactivamente impuestas, puedan alcanzar los fines propuestos. La sociedad debe premunirse de un bagaje de normas deontológicas y éticas que colaboren a la función de control y contribuyan a crear un entramado social cohesionado que, aplicando los principios de la bioética, los principios constitucionales y los derechos humanos, nos permita disponer de un adecuado marco de referencia en la toma de decisiones⁵⁷. Así, el derecho constitucional se encuentra estrechamente relacionado, siendo el nexo que los une las libertades públicas y derechos fundamentales.

La reflexión bioética entronca con el principio fundamental de respeto a la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad e igualdad, a la no-sujeción de las personas a

⁵⁶ PUENTE de la Mora, Ximena. “Aspectos Jurídicos Relacionados con la Reproducción Asistida Humana y la Experimentación con Embriones en México”. En *Iustitia*, no. 12, 2005, p.p. 238-240.

⁵⁷ DARÍO Bergel, Salvador. Op.Cit. p. 218.

experimentos médicos que atenten contra sus derechos fundamentales, temas todos ellos de relevancia para el derecho constitucional que, en su conjunto, llevan a incluir las cuestiones bioéticas en lo que se ha dado en denominar el “bloque de constitucionalidad”⁵⁸. En otras palabras, los derechos fundamentales se consolidan como el medio idóneo para conjuntar la ética, el derecho y la ciencia.

Es por esto que el Derecho, especialmente en Derecho Constitucional, necesariamente irá a la zaga de una realidad que es por otro lado enormemente cambiante, por lo que quizás, su aportación más significativa y su máxima aspiración, pudiera traducirse en delimitar los cauces adecuados para la resolución de los problemas, así como la estructura, composición, forma de actuación de los órganos o comités interdisciplinarios que deben tomar las decisiones correspondientes⁵⁹.

5. Dimensiones Internacionales de la Bioética y el Bioderecho

Ahora bien, es importante intentar trasladar estas ideas al plano internacional, principalmente por tres razones: la primera, los problemas a los que debe hacer frente la Bioética no pueden afrontarse con estrechez de miras del ámbito estatal, no sólo porque ello resulta insuficiente a la hora de ofrecer una respuesta a los mismos en el contexto del mundo globalizado; la segunda razón, se centra en la idea de que los valores fundamentales, si verdaderamente pretenden ser tales, deben aspirar a la universalidad en su aplicación⁶⁰; finalmente, es importante prestar atención al plano internacional

⁵⁸ Ídem. p. 319.

⁵⁹ ABELLÁN, Fernando. Op.Cit. p. 24.

⁶⁰ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p. 122.

porque es precisamente en este plano donde se presentan los primeros intentos por regular los cambios que presentan los avances científicos.

Una de las ideas que interesa destacar en el presente apartado es que hay un crecimiento continuo de los derechos incorporados a las diversas declaraciones internacionales y textos constitucionales. Es precisamente en este punto donde radica la diferencia entre los textos que se mencionan en este apartado y los estudiados anteriormente (Código de Núremberg, Declaración de Helsinki e Informe Belmont), pues los que se estudian a continuación son acuerdos multilaterales entre una serie de Estados internacionalmente reconocidos, y no han sido impuestos por la comunidad internacional, por lo que son parte del derecho interno positivo, por así reconocerlo algunas Constituciones.

Cuando un Estado aprueba una nueva Constitución reforma la vigente en la parte dedicada a los derechos, o se crea un nuevo texto en el ámbito internacional, y por lo general se incorporan aquellos derechos que responde a las más recientes necesidades o exigencias de la sociedad, de manera que dichos textos resulten lo más "actualizados" posible. Claro está que el problema que enfrenta la Constitución es el no poder reformarse continuamente, pues es la norma básica del ordenamiento de un país y por lo mismo requiere de cierta estabilidad; por lo mismo es sumamente importante imprimir en el texto constitucional cierto aire de permanencia pero siempre con la intención de que se pueda adaptar a las circunstancias cambiantes de la sociedad y de la vida. De ahí que, además de las reformas periódicas, deban existir otras vías de evolución constitucional, entre las cuales desempeña un papel muy destacado los textos internacionales, puesto que es significativo que el ordenamiento internacional, a pesar de sus problemas jurídicos y limitaciones, incluya en una posición protagonista una serie de textos y tratados que reconocen básicamente los mismos valores del constitucionalismo y que incluso actualicen dichos valores y derechos.

Debido al fenómeno de la globalización, los textos internacionales han adquirido una relevancia sin igual y han arrojado luz sobre los temas concernientes a la bioética y a los adelantos en la biotecnología y la medicina, y por ende también al bioderecho, esto debido a que han llegado más lejos a la hora de ofrecer valores y principios más desarrollados y actualizados que los que se encuentran en las Constituciones de los Estados. Hay que reconocer el papel que desempeñan los textos internacionales para incorporar nuevos derechos mediante tratados o declaraciones generales o específicas. En algunos ámbitos, en particular en el relativo a la incorporación de nuevos derechos o valores derivados de los retos planteados por los avances científicos, el papel de los nuevos textos aprobados en el ámbito internacional está siendo muy relevante, hasta el punto de que dichos textos están mostrando una mayor flexibilidad, rapidez y agilidad para esa incorporación que las Constituciones, mayor incluso que las jurisprudencias de los Tribunales Constitucionales⁶¹. Lo cierto es que hoy en día se debe tener en mira la posibilidad, cada vez más palpable, de una internacionalización del Derecho Constitucional, con el fin de poder hacer frente a estos nuevos retos que plantea la ciencia y la tecnología. También hay que recordar que el texto constitucional de varios países considera a los tratados internacionales como parte de su legislación positiva, como es el caso de la Constitución española en sus artículos 93 – 96, el artículo 123 de la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución mexicana en su artículo 133.

Resulta innegable que en el contexto de un mundo globalizado como el de hoy las respuestas constitucionales aún vinculadas con el concepto de Estado– Nación resultan ya insuficientes e ineficaces, la construcción de un “Derecho Constitucional supranacional” se consolida como la alternativa más viable, o al menos el establecimiento de un sistema de valores comunes y con tendencia universal. Lo cierto es que debido al acelerado avance de la ciencia y la tecnología, ya la Ley Fundamental no suele ofrecer todas las respuestas.

⁶¹ Ídem. p. 57.

Los valores y derechos consagrados en las Constituciones ya no son suficientes para hacer frente a los retos que plantean los recientes avances científicos y tecnológicos, por lo que resultaría necesaria la incorporación de nuevos valores o bien nuevos derechos. En los últimos años se pueden encontrar algunas declaraciones que específicamente se dedican al reconocimiento de los derechos y valores aplicables frente a dichos avances científicos y tecnológicos, en particular en lo que se refiere al bioderecho⁶². Hay que tener en cuenta que estos textos internacionales amplían los valores constitucionales⁶³, a la vez que aportan nuevas dimensiones a estos derechos constitucionalmente reconocidos.

Igualmente deseable sería el dar pasos más decididos hacia la internacionalización efectiva de los derechos constitucionalmente reconocidos, incluyendo la garantía de los mismos, en particular en el ámbito universal, en el que las carencias en este sentido son más acusadas. Pero cabe reconocer que existe un reto de mayor trascendencia y que resulta mucho más imperioso, como es el de la universalización efectiva de las respuestas a los nuevos retos y el de la garantía efectiva de estos nuevos derechos en el plano internacional, es decir, una respuesta de alcance universal⁶⁴.

Es evidente que se están globalizando los beneficios y el comercio, pero no se está globalizando a la par la justicia. La incapacidad de las propias construcciones jurídicas tradicionales para ofrecer respuestas definidas, eficaces y/o tranquilizadoras. Los derechos humanos internacionales cuentan con la obvia ventaja de operar en los diversos foros internacionales donde

⁶² Como es el caso del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Dignidad del Ser Humano, respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, o la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

⁶³ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación*”. Revista de Derechos Político, No. 71-72, enero-agosto 2008, p.p. 93-94.

⁶⁴ Ídem p. 115.

muchas de las decisiones más significantes que afectan la profesión médica son tomadas.

Los límites geográficos de los países de todo el mundo ya no constituyen ningún obstáculo para el avance científico, y el intercambio de información de los centros de investigación más importantes se hace a una velocidad vertiginosa, es por esto que la cada vez más estrecha vinculación entre Derecho Internacional y Derecho Interno se ha revelado sobre todo en relación con los derechos humanos, y se ha señalado que en el futuro inmediato será cada vez más intensa en el ámbito específico de las ciencias biomédicas. Al menos en el Derecho Internacional se apela ya a que los progresos en la Biología y en la Medicina deben ser aprovechados tanto en favor de las generaciones tanto presentes como futuras⁶⁵.

5.1 Marco Jurídico Internacional en Materia de Bioética y Bioderecho

Ahora resulta importante trasladar los problemas constitucionales a un plano más bien internacional, pues los problemas a los que hace frente al Bioderecho no pueden afrontarse con la estrechez de miras del ámbito estatal, no sólo porque ello sería notoriamente insuficiente a la hora de ofrecer soluciones a los mismos en el contexto del mundo globalizado, sino porque los valores fundamentales, si verdaderamente pretenden ser tales, deben aspirar a la universalidad de su aplicación. De ahí la importancia de dirigir los esfuerzos a la consolidación de un Derechos Constitucional Supraestatal⁶⁶. El proyecto de Constitución Europea⁶⁷ arroja una pálida luz de esperanza para aquellos que creen que la bioética y el bioderecho son un instrumento valioso para tratar de

⁶⁵ ROMEO Casabona, Carlos María. “*La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*”. Acta Bioethica no. 2, 2002, p.p. 291-293.

⁶⁶ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p. 122.

⁶⁷ A finales de la década de los ochenta, fue cuando la Unión comenzaba a prestar atención a las repercusiones jurídicas, éticas y económicas de los nuevos descubrimientos de la biomedicina.

identificar ciertos principios jurídicos y éticos fundamentales que promuevan los derechos humanos y el bienestar social y que se puedan aplicar a todas las culturas⁶⁸.

Lo cierto es que los diversos factores no sólo han facilitado el desarrollo internacional de algunos principios del bioderecho, sino, incluso, a falta de una integración transcultural, también un proceso de globalización del bioderecho. Hoy en día, el desafío principal consiste en conseguir que la globalización de determinados principios jurídicos se materialicen en un escenario de transculturalidad que de acogida a una aceptación universal de ciertos valores y derechos compartidos que sean capaces de dar las respuestas exigidas por los desafíos biotecnológicos de un mundo globalizado⁶⁹.

El Derecho Internacional ha venido impulsando la aceptación y, en ocasiones, incluso la consolidación de diversos principios jurídicos relacionados con la genética y la biotecnología humana. Esta perspectiva se ha visto favorecida probablemente por la concurrencia de factores como:

- En los derechos estatales se carecía de referentes éticos y culturales de clara e indiscutible aplicación a los nuevos retos que plantea la biotecnología humana. No son pocos los países que no cuentan con una tradición cultural sobre estas materias ni figuran en la vanguardia de las investigaciones biomédicas; sin embargo han adoptado con fervor medidas jurídicas en esta área; como es el caso de Perú, Vietnam y China.
- El surgimiento y el desarrollo inicial del Derecho de la biotecnología se ha manifestado por lo general como un “*soft law*”, en palabras de Romeo Casabona, o un derecho no coactivo, es decir, que carece de consecuencias jurídicas fuertes.

⁶⁸ DÍEZ Fernández, José Antonio. “*La Presencia de la Bioética en el Proyecto de la Constitución Europea*”. En Cuaderno de Bioética, Vol.16, No. 58. España, 2005, p.343.

⁶⁹ ROMEO Casabona, Carlos M. “*Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología Humanas*”. Anuario Jurídico de la Rioja. No. 12, 2007, p. 18.

- Las materias propias de la biomedicina, específicamente la genética y la biotecnología humana, que han sido objeto de regulación por el Derecho Internacional no constituyen una amenaza a la soberanía de los Estados, pero también puede ser cierto que se está frente a los inicios de un fenómeno más allá de la actual concepción del Estado-Nación, que constituye una manifestación de la globalización más que de internacionalización *per se*⁷⁰.

En materia de derechos fundamentales y bioética se pueden encontrar una serie de textos internacionales que han surgido a lo largo de los últimos años con el fin matizar la importancia de estos temas y que se dedican al reconocimiento de los derechos y valores aplicables frente a los recientes avances científicos, entre los textos más relevantes, y que se analizarán a lo largo de la presente investigación, se encuentran:

- En el ámbito del Consejo de Europa deben destacarse las recomendaciones de la Asamblea número 1046 de 24 de septiembre de 1986, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales y la número 1100 de 2 de febrero de 1989 sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, donde se prohíbe toda creación de embriones humanos por fecundación *in vitro* para fines de investigación y la experimentación con embriones vivos, viables o no.
- Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención a la salud mental de 17 de diciembre de 1991.
- Convenio sobre Biodiversidad Biológica suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.
- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, conocido como el Convenio Oviedo, del 4 de abril de 1997.

⁷⁰ ROMEO Casabona, Carlos M. “*Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología Humanas*”. Op.Cit. p. 16 – 17.

- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la UNESCO por unanimidad y aclamación el día 11 de noviembre de 1997.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 18 de Diciembre del 2000.
- Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, aprobada por unanimidad y aclamación por la 32a Conferencia General de la UNESCO el día de octubre de 2003.
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 19 de Octubre del 2005.

No cabe duda de que los primeros esfuerzos que ha hecho el Derecho han sido a nivel internacional, como queda constatado son numerosos los instrumentos que versan sobre la Investigación Biomédica y los Derechos Humanos y la Bioética. Pero de entre todos estos, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos se alza como el primer instrumento universal en el campo de la biología. La importancia y valía de este instrumento está en el equilibrio entre el respeto a los derechos y libertades fundamentales y la necesidad de proteger la libertad de investigación.

A pesar de lo anterior, y teniendo en cuenta que todos los textos anteriores han sentado precedentes muy importantes, el más cercano a lograr una verdadera unificación en la materia, al menos en el ámbito regional, ha sido el Convenio de Oviedo de 1997, puesto que es la norma más importante para defender los derechos humanos ante la biomedicina que existe a nivel internacional actualmente, por lo que se constituye como un elemento nuclear de cualquier reflexión y deliberación relacionada con el bioderecho. Lo anterior responde principalmente a tres razones, la primera es que se trata de un convenio y no simplemente de una declaración que carece del poder de coacción para hacerse cumplir; la segunda, es que regula muchas de las materias importantes en el área de la biomedicina, aunque cabe señalar que así como trata mucho de estos temas también es cierto que no contempla muchos otros; y por último, resulta incuestionable el hecho de que se creó con

una proyección universal, pues aunque era un convenio destinado para Europa, en su discusión participaron con voz, aunque sin voto, países como Estados Unidos, Canadá, Japón, la Santa Sede, entre otros⁷¹.

El Convenio entró en vigor el 1 de diciembre de 1999, después de que fuera ratificado por seis Estados⁷². De los cuarenta y seis Estados que forman parte en la actualidad del Consejo de Europa sólo veinte lo han ratificado. Muchos de los países con mayor protagonismo en Europa (como el Reino Unido, Francia, Italia, Alemania, Holanda, Bélgica, Irlanda, Rusia y Austria) lo tienen sin ratificar o incluso sin firmar. Se trata de Estados que mantienen una línea bioética más o menos estable, independientemente de los cambios de gobierno que se realicen. Hay que reconocer que quizás el Convenio se ha quedado, lamentablemente, como una muestra de la buena disposición e intención de los países, pues sin la firma y/o ratificación de países tan influyentes no se puede imponer las normas que el mismo contiene en su texto.

El Convenio de Oviedo es un texto jurídicamente riguroso; porque regula muchos aspectos de la actividad biomédica; además determina con claridad los límites entre lo permitido y lo prohibido; establece los mecanismos para mantenerse vivo con el paso del tiempo; y, sobre todo, porque tiene como objetivo final proteger la dignidad humana frente a los abusos de la biomedicina. Es un texto que tendría larga vida e influencia en los foros internacionales y en los Estados comunitarios y extracomunitarios⁷³. En otras palabras, sienta las bases para una unificación o universalización de los principios constitucionales, relativos a los derechos fundamentales, en un futuro cada vez más cercano.

⁷¹ BELLVER Capella, Vicente. “*Los diez primeros años del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: Reflexiones y Valoración*”. Cuadernos de Bioética, Vol. 9, No.67, 2008, p.p. 403 – 404.

⁷² Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Grecia y San Marino.

⁷³ BELLVER Capella, Vicente. Op.Cit. p. 421.

Debe aprovecharse la aceptación universal de la que han venido gozando los derechos humanos y deben seguir siendo tomados prudentemente como punto de referencia para identificar, asumir y compartir universalmente un conjunto de valores éticos juridificados. Dado que los derechos humanos no son estáticos, sino que, por el contrario, se hallan en constante evolución, acogiendo nuevos derechos, o nuevas dimensiones, en función de las necesidades humanas, constituyen un instrumento muy apreciable para la ampliación de derechos o la configuración de otros nuevos en el contexto de la genética y de la biotecnología⁷⁴.

En conclusión, hay que tener presente que los derechos fundamentales son la creación y el desarrollo histórico de los valores de la persona, que los integran y unifican en el mundo jurídico moderno, y el mundo jurídico moderno es un mundo globalizado. En el área de las ciencias biomédicas ha sido asumida la primacía del ser humano sobre el mero interés de la ciencia o de la sociedad. No ha sido de todo alcanzable una completa unificación del Derecho en el ámbito de la genética y biotecnología humanas hasta ahora⁷⁵.

⁷⁴ ROMEO Casabona, Carlos M. *“Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología Humanas”*. Op.Cit. p. 21.

⁷⁵ Ídem p. 23.

CAPÍTULO II

STATUS DEL PREEMBRIÓN

CAPÍTULO II

STATUS DEL PREEMBRIÓN

1. En torno a los aspectos científicos y jurídicos del “preembrión” o embrión preimplantario

Antes de poder dar una respuesta, ya sea Estatal o global, al problema que plantean los avances en la biomedicina y la genética, es importante comenzar por reconocer la necesidad de delimitar el status del mismo preembrión, pues es la piedra angular sobre la que descansa la presente investigación. Para poder definir el status del preembrión hay que comenzar por definir el concepto y entender cómo y por qué surge, así como la relevancia que guarda en diversas áreas como la religión, y la ética, pero sobre todo su valor dentro del campo científico y por ende su impacto en el mundo jurídico.

Los esfuerzos por avanzar en el terreno de la investigación con embriones humanos casi siempre han estado acompañados por el reconocimiento de la necesidad de deliberar acerca de los problemas legales. Es por lo mismo que la creación y el uso del término de preembrión no sólo tiene repercusiones en el área científica sino en la jurídica, pues a raíz de lo que los expertos en temas de biología, embriología y medicina entiendan y definan como preembrión es el trato que se dispensará a este ente. La cuestión decisiva a los fines jurídicos es la de determinar si esta entidad es una “persona”, se trata de determinar si debe reconocerse al preembrión como titular de derechos y respeto frente a la incertidumbre científica.

Actualmente, gracias a los avances científicos, se conoce que el período preembrionario puede ser no sólo un paso en el proceso de gestación humana, sino también fuente de vida para los ya vivientes. Si de la utilización de la vida contenida en el preembrión se pueden derivar bienes, habría que considerar que el derecho debe ocuparse de estas cuestiones, proponiendo pautas de conducta asumibles por la mayoría de los ciudadanos y respetuosas con las minorías, que se materialicen en el respeto a los Derechos Humanos⁷⁶.

Plantearse estas cuestiones resulta necesario, pues actualmente la existencia de una quimera⁷⁷ humana – animal en la forma de un ratón SCID⁷⁸ es una realidad. Este ratón recibió un trasplante de tejido inmune de un feto humano. Pero además, en Inglaterra ya es un hecho la creación y uso de embriones mezclados -*admixed embryos*- para la investigación. Estas son sólo algunas de las situaciones que requieren de la asesoría o evaluación constante de la bioética y del bioderecho. Por otro lado, la investigación científica y médica, con ocasión de los más recientes adelantos en la investigación, como la manipulación genética⁷⁹ o la fecundación *in vitro*, la investigación y/o experimentación con preembriones, por ejemplo, puede tender a considerar al ser humano como una “cosa”, como un –“objeto”, como un medio o instrumento para el beneficio de la propia investigación científica, del progreso general de la humanidad o de la medicina, etc.

Hay que reconocer que la preservación de la vida siempre ha tenido un costo, pero hay quienes consideran que con el hombre moderno ese valor, ese

⁷⁶ CASADO, María. “En torno a células madre, pre-embionarias y pseudo-embionarias: el impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho d la UB”. En Revista de Bioética y Derecho, no. 19, 2010, p. 18.

⁷⁷ Chimera: organism composed of chromosomes from two different organisms

⁷⁸ SCID, de sus siglas en inglés: *Severe Combined Immunodeficiency* (Inmunodeficiencia Combinada Severa).

⁷⁹ Se podría entender por manipulación genética todo tipo de prácticas o intervenciones que tengan por objeto al preembrión, las células troncales o los genes, incluyendo la mayoría de las técnicas de reproducción asistida, el diagnóstico genético preimplantario y la selección de preembriones. En DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 149.

precio que se debe pagar, puede llegar a ser el de la destrucción total⁸⁰. Lo que parece inevitable es el avance de la ciencia y la repercusión de ésta sobre el Derecho, pues siendo la ciencia una actividad desarrollada por personas con efectos para la sociedad -y para las generaciones futuras en este caso-, debe existir una normativa que regule dichas actividades. Sin embargo, el legislador no podrá regular debidamente en estas materias si no existe consenso ni siquiera entre la comunidad científica en cuanto a la idoneidad del uso de términos como preembrión. Es por lo mismo que a lo largo del presente apartado se busca comprender cómo es que surge el término de preembrión, qué significa el uso de este término en las diversas disciplinas y se hará una cuidadosa evaluación de los beneficios y de los peligros.

2. Génesis y uso del término “preembrión”

Para entender el concepto de preembrión, habría que empezar por entender el origen etimológico del término de embrión, ya que dicho término es la raíz del concepto en el cual se edifica la presente investigación. El concepto de “embrión” fue introducido por los griegos, *Tò émbryo*, que aproximadamente quiere decir: 1) el feto no nato y 2) en la lengua poética, el cordero recién nacido. Etimológicamente, la palabra *ἔμβρυον* (embrión) proviene de la unión de dos palabras griegas “en” (en, en medio) y “bryo” (nacer, retoño, florecer). Traducido libremente, el embrión es algo que está a punto de florecer⁸¹. Si a este término se le antepone el prefijo latino “pre” (que antecede), una simple deducción conlleva a concluir que el concepto etimológico de preembrión hace referencia a aquello que antecede a lo que brota o florece.

⁸⁰ SIQUEIRA, de José Eduardo. “*El Principio de Responsabilidad de Hans Jonas*”. Revista Selecciones de Bioética, No. 10, 2006, p. 66.

⁸¹ KNOEPFFLER, Nikolaus. “*Hacia un concepto normativo de embrión*”. Revista Monografías Humanitas, No. 4, 2004, p. 83.

Grobstein, un embriólogo especializado en anfibios, escribió un artículo con el nombre de “*External Human Fertilization*”, publicado en *Scientific American* en 1979, es en este artículo donde introduce los términos equivalentes a preembriónico y preembrión. Aunado a estos dos términos, también introduce el término de embrión preimplantario⁸². Grobstein se involucró profundamente en el debate ético de la medicina reproductiva en los 70`s y 80`s. Con el fin de denotar al embrión joven, hizo uso de varios términos a lo largo de su artículo: “embrión preimplantario” “preembrión” y “prepersona”. Grobstein explica que no es posible establecer individualidad previa a la implantación, puesto que existe la posibilidad de gemelación⁸³. El embrión, en su temprano desarrollo, no era un “individuo” sino hasta los catorce días⁸⁴ después de la fertilización, puesto que Grobstein decía que antes de los catorce días, el embrión se podía dividir y formar varios individuos en esta etapa del desarrollo⁸⁵.

El límite impuesto por Grobstein se establece en el día catorce del desarrollo embrionario. Los principales criterios biológicos que considera conciernen a ciertas etapas de individualización que aparecen al catorce día del desarrollo embrionario, entre ellos: a) la formación de la línea primitiva, es decir el primer boceto de tubo neural que es también el eje de simetría; b) la pérdida de totipotencia, lo que implica la posibilidad de dividir el preembrión en varios embriones idénticos susceptibles de desarrollarse, c) la creación de la relación de dependencia nutricional y orgánica del preembrión, ya que comienza a implantarse en el útero materno desde el séptimo día, proceso que acaba el día catorce.

⁸² KISCHER Ward, C. “*The Big Lie in Human Embryology. The Case of the Preembryo*”. En KISCHER Ward, C e Irving N., Dianne. *The Human Development Hoax: Time to Tell Truth*. Second Edition, 1997, p.p. 89 – 98.

⁸³ KIM, Eun – Sung. “*Heterogeneous assemblages of bioethics and science: the ‘pre-embryo’ debate in America*”. *New Genetics and Society*, Vol. 27, No. 4, 2008, p. 325

⁸⁴ El EAB (Ethics Advisory Board) adoptó el límite de catorce días en 1979, tres meses antes de que Grobstein articulara el término preembrión. Sin embargo, el término de catorce días aquí está asociado con la implantación del embrión en el útero⁸⁴.

⁸⁵ KISCHER Ward, C. Op.Cit. p.p. 89 – 98.

Básicamente las principales objeciones que se presentan al uso del término “embrión” en los primeros catorce días después de la fecundación son: falta de individualidad y de organización del embrión, alteraciones en el proceso normal de fecundación junto con la necesidad de la implantación, falta de racionalidad, y falta de potencia para llegar a ser un ser humano y una persona⁸⁶.

Grobstein se basa en “señales externas” para distinguir entre embriones y preembriones. Estas “señales externas” son aquellas reconocidas como humanas por “otras personas”⁸⁷. Este “status diferente” ha sido usado y ha sido propuesto para permitir la manipulación y experimentación del embrión hasta el día catorce después de la fecundación. Sin embargo, algunos autores consideran que la probable intención de Grobstein era reducir el status moral del preembrión con el fin de justificar social y legalmente los procesos de experimentación que se llevaban a cabo en el preembrión. Invocar el concepto filosófico de “persona” y plantea la cuestión de en qué etapa del desarrollo humano ocurre la transformación a persona, en el sentido ético y legal⁸⁸.

Lo que Grobstein argumenta es que el preembrión tiene derecho a un status especial, pero no el mismo status que se le da a un recién nacido y no tampoco el mismo que el del embrión o del feto. Se basa en una serie de factores para hacer estos argumentos: el preembrión es humano en términos de su naturaleza biológica y tiene una composición genética única, el preembrión está vivo⁸⁹, y el preembrión tiene el potencial de desarrollarse en un infante y posteriormente en un adulto. Sin embargo, el potencial del preembrión no se ha realizado en la fase preembrionaria. En la misma línea, insiste que el preembrión tiene derecho a una “especial consternación” si tiene la oportunidad de realizar su potencial más alto como una persona. Mantiene que el valor del

⁸⁶ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “¿Ya no es útil o necesario para el avance científico el término de <<preembrión>>?”. Cuadernos de Bioética, Vol. 20, No. 68, 2009, p. p.107 – 108.

⁸⁷ KISCHER Ward, C. Op.Cit. p.p. 89 – 98.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Medido en base a criterio científico como la división celular, el intercambio de gases respiratorios y el metabolismo de las sustancias químicas.

preembrión como miembro de la comunidad humana debe ser reconocido y conservado, pues es parte de la red hereditaria de la familia humana⁹⁰.

De hecho, el término preembrión fue adoptado por la Sociedad Americana de Fertilidad (*American Fertility Society*) y la Autoridad de Licencias Voluntarias (*Voluntary Licensing Authority*) en Gran Bretaña, con el fin de hacer la investigación con embriones humanos más aceptable ante el público. Este término se acuñó porque en las etapas tempranas del desarrollo de los mamíferos principalmente implicado el establecimiento del trofoblasto⁹¹ no embrionario, más que en la formación del embrión⁹².

Hay que tener en cuenta que en esta época la fecundación *in vitro* tuvo su primer éxito y se dio a conocer mundialmente, hace poco más de 30 años, en 1978, que fue cuando tuvo lugar el nacimiento de la primera niña probeta, Louise Joy Brown, en el Reino Unido⁹³, causando la acelerada proliferación de centro de fecundación “*in vitro*”, y como resultado el entonces secretario de Salud estadounidense, Joseph Califano, manifiesta su preocupación sobre lo que se presentaba como experimentación humana⁹⁴. Posteriormente, en 1985 nacieron los dos primeros gemelos probeta españoles Gemma y Sergio.

El biólogo de desarrollo, y discípulo de Grobstein, Michael J. Flower comparte el punto de vista de su maestro con respecto al preembrión. Establece que la fase de desarrollo embrionario del preembrión se traduce en la etapa hasta la finalización de implantación, proceso que tarda entre doce y

⁹⁰ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. “*The Human Preembryo, and the State: Toward a Dynamic Theory of Status, Rights, and Research Policy*”. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 5, No. 2, 1990, p.p. 258 – 309.

⁹¹ Grupo de células que componen la capa externa del blastocisto, y que provee nutrientes al embrión y se desarrolla como parte importante de la placenta.

⁹² MCCORMICK, Richard. “*Who or What is the Preembryo*”. Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 1, No. 1, 1991, p. 1.

⁹³ Logrado por los doctores Ingleses Patrick. C. Steptoe y Robert. G. Edwards, este último ahora Premio Nobel, el 25 de julio de 1978 en el *Oldham General Hospital*.

⁹⁴ NAVARINI, Claudia. “*Resurge el falso término de ‘pre-embrión’ en ámbitos políticos o culturales*”. En Declaraciones a Zenit el 20 de septiembre del 2004.

catorce días⁹⁵. Esta noción de preembrión también fue apoyada por el bioético jesuita Richard McCormick⁹⁶, de hecho, el uso generalizado del término preembrión fue consecuencia de su introducción en su artículo “*Who or What is the Preembryo?*”, dando pie a que naciera el debate ético y científico, y posteriormente el debate jurídico.

El término fue utilizado en dos importantes sedes internacionales: la Comisión Warnock en Gran Bretaña, orientada a establecer los ámbitos de licitud en la experimentación humana y en las técnicas de reproducción asistida, y el Comité ético de la Sociedad Americana para la Fertilidad, del que el propio Grobstein formaba parte⁹⁷. El reconocimiento y posterior uso de este término en dichos foros impulsa el uso cotidiano del mismo y en las diferentes áreas del saber, con el fin de explicar e incluso legislar acerca de una “realidad”.

El concepto de “preembrión” ha sido aceptado y usado por el Informe del Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas establecido por el Gobierno Británico de 26 de junio de 1984 y fue igualmente utilizado en el Informe de la Comisión Especial de Estudio en Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas o Informe Palacios que precedió la legislación española actualmente vigente, debe reputarse artificioso y desprovisto de todo contenido, por cuanto el embrión tanto gramatical como científicamente es la forma más joven de un ser y antes de él sólo hay un óvulo y un espermatozoide cuya fusión y en ese preciso instante le originan, desencadenándose un proceso continuo de desarrollo, en el que no es posible cualitativamente diferenciar etapas de mayor importancia que otras. No debe olvidarse que el propio Warnock Report reconoció lo arbitrario de la frontera de las dos

⁹⁵ KIM, Eun – Sung. Op.Cit. p. 325.

⁹⁶ McCormick fue un prestigioso moral jesuita y teólogo que conoció a Grobstein en el Ethics Advisory Board en 1978. En SHEA B., John. “*The ‘Pre-Embryo’ Question*”. Catholic Insight. October, 2004.

⁹⁷ NAVARINI, Claudia. Op.Cit.

semanas, así el término preembrión se convierte en un truco semántico, se trata de un cambio de palabras para justificar un cambio de actitudes⁹⁸.

El Informe Warnock, emitido en 1984 por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas, asienta el límite de catorce días en la investigación embrionaria recomendada por el Comité y que se ha adoptado no sólo en Gran Bretaña sino en muchos otros países. Sin embargo, el Comité declaró abiertamente que este límite de tiempo fue más bien un compromiso totalmente arbitrario adoptado “con objeto de mitigar la ansiedad pública”⁹⁹ y conceder a los científicos todo el tiempo posible para la investigación embrionaria. A pesar de esto, el mismo Comité admite que la vida embrionaria empieza con la fertilización. También reconoce que una vez fecundado el óvulo y empezado el proceso de desarrollo, ningún estadio particular del proceso de desarrollo es más importante que otro. De este modo, biológicamente no existe en el desarrollo del embrión ninguna fase particular antes de la cual el embrión *in vitro* podría dejar de ser mantenido en vida. El Comité se abstenía de dar una respuesta explícita a la fundamental cuestión de cuándo llega a ser una persona el embrión, parece claro que sostiene que la vida humana no empieza cuando se inicia la vida embrionaria. El enfrentamiento en el seno del Comité entre los que consideraban al embrión humano como un ser al que hay que respetar plenamente en su humanidad y los que tenían una idea evolutiva de la adquisición progresiva de derechos y de respeto, a partir de un punto de partida prehumano, llevó al Comité al borde de la ruptura. Con el fin de sosegar la situación, Mary Warnock ofreció la solución de fijar en catorce días postfecundación el plazo en el que podría autorizarse la investigación que comprende la destrucción de los embriones, en este caso de los preembriones, cosa que para el asombro de todos, fue aceptada por unos y por otros. Para fundamentar esta resolución, el Comité aporta dos argumentos, uno utilitarista, por el que hay que aceptar el carácter prehumano del embrión hasta los catorce días pues hay que tener en cuenta el hecho de que los progresos en el tratamiento de la esterilidad, entre otros tratamientos, no habrían sido posibles

⁹⁸ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op.Cit. p.p. 188-189.

⁹⁹ Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, Warnock Report, Department of Health and Social Security, London, 1984.

sin la investigación; y otro de justificación científica, según el cual la aparición de la línea primitiva es señal de inicio del desarrollo individual del embrión¹⁰⁰.

Más tarde, el Comité de la Sociedad Americana de Fertilidad en sus reportes 1986 y 1990, define preembrión como: un agregado multicelular sin una forma humana rudimental, aún no está establecido como un solo individuo, siendo capaz bajo circunstancia inusuales de someterse a la gemelización para formar dos o más individuos, o fusionarse con otro preembrión para convertirse en un solo embrión. Por lo tanto, el preembrión no está estabilizado como un solo individuo, a pesar de esto, el preembrión merece un mayor respeto que el otorgado al tejido humano, pero no el grado de respeto que se otorga a una persona¹⁰¹.

Este término se fue convirtiendo paulatinamente en un instrumento persuasivo de la opinión pública. En todos los textos y documentos favorables a la manipulación y experimentación del preembrión se identificaban algunos criterios que justificaban su distinción del “verdadero embrión”¹⁰². A pesar de todo esto, el término preembrión ha sido rechazado por el Comité de Nomenclatura de la Asociación Americana de Anatomistas, y no se usa en ningún libro de texto oficial de Embriología Humana¹⁰³.

La aparición del término preembrión, de acuerdo a algunos autores, parece ser una estrategia organizada que tiene por finalidad no admitir que el preembrión es humano desde el primer momento y de la que se han beneficiado los que trabajan en reproducción asistida y en investigación con preembriones a través de legislaciones que se elaboran apoyándose en el uso del término preembrión; y es por esto que algunos consideran que este término

¹⁰⁰ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual*”. *Persona y Bioética*, Vol. 2, No. 2, 1998, p.p. 2 – 27.

¹⁰¹ KIM, Eun – Sung. Op-Cit. p. 326.

¹⁰² NAVARINI, Claudia. Op.Cit.

¹⁰³ SHEA B., John. “*The ‘Pre-Embryo’ Question*”. *Catholic Insight*. October, 2004.

no sólo resulta hasta cierto punto perjudicial¹⁰⁴. Hoy en día el término preembrión, en la mayoría de las legislaciones, hace referencia al embrión obtenido mediante un procedimiento *in vitro* y a la etapa anterior a la implantación, esto se traduce en el hecho de que el preembrión se encuentra en una situación *sui generis* y un tanto diferente a la de otras fases de gestación, como la del embrión y el feto. Como se verá más adelante, el uso del preembrión en la investigación y/o experimentación, en muchas ocasiones se encuentra permitido, sin embargo, con el embrión en gestación y el feto, no se puede experimentar ni investigar con ellos, a menos que ello vaya en su beneficio.

3. El Status del Preembrión

El hombre lucha contra la naturaleza para desembarazarse de sus violentas imposiciones. Por eso, se esfuerza en dominarla. Aspira a vencer las enfermedades e incluso la muerte, a no dejarse avasallar ante sus trágicas sorpresas. A la violencia dominante de la naturaleza responde el hombre a través del dominio técnico y científico. La ciencia y la técnica permiten una vida más “digna” de la persona, al mejorar el conocimiento de la naturaleza y posibilitarle un actuar más libre. Pero hay que tener siempre presente el que la ciencia y la técnica, cualquiera de los avances científicos en su caso, pueden y deben estar al servicio de la dignidad humana; de lo contrario, se produciría una deshumanización que llevaría a la ciencia en contra del propio hombre que la crea¹⁰⁵.

Ahora en los debates religiosos, éticos y jurídicos se plantean varias cuestiones importantes: ¿cabe servirse del preembrión humano para facilitar el progreso y desarrollo de la ciencia a través de su manipulación y

¹⁰⁴ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual*”. Op.Cit. p.p. 2 – 27.

¹⁰⁵ LEÓN Correa, Francisco Javier. Op.Cit. p.p. 71- 81.

experimentación?; ¿debe ser considerado el resultado biológico de la fusión de las células germinales humanas como un ser de fines, que debe ser protegido con la misma intensidad que los demás individuos ya nacidos o puede ser considerado como un mero instrumento u objeto al servicio de otros intereses?¹⁰⁶

La aceptación o el rechazo de cada una de las aplicaciones de las nuevas tecnologías sobre el ser humano marca un hito en el diseño de una nueva humanidad. Ciertamente la tecnociencia es demasiado poderosa para que se deje exclusivamente en manos de los científicos. En una famosa conferencia sobre la crisis de la ciencia europea, Husserl ya había identificado un agujero negro en el objetivismo científico, era la ausencia de la conciencia de sí mismo. A partir del momento en que, de un lado, ocurrió el divorcio de la subjetividad humana, reservada a la filosofía, y la objetividad del saber, que es propia de la ciencia, el conocimiento científico desarrolló las tecnologías más refinadas para conocer todos los objetivos posibles, pero quedó totalmente ajeno a la subjetividad humana¹⁰⁷.

Dualismo, o personismo, es la separación de los conceptos de ser humano y persona. El ser humano, en sí mismo considerado, no es más que un mero miembro de la especie biológica humana. Sólo a la persona, el ser poseedor de vida autoconsciente y libre, de autonomía, independencia o racionalidad, merece el reconocimiento de su dignidad y de los correlativos derechos. En última instancia, la dignidad llegara a confundirse con la autonomía¹⁰⁸.

Cuando se habla del concepto de persona, en realidad se hace referencia particularmente a los aspectos filosófico, moral, teológico y/o jurídico, y se deja de lado el aspecto científico. Esto debido a que se considera que la ciencia no tiene nada que aportar respecto al concepto de persona, afirmación que no

¹⁰⁶ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p. 177.

¹⁰⁷ SIQUEIRA, de José Eduardo. Op.Cit. p.p. 62 – 64.

¹⁰⁸ APARISI Miralles, Ángela. “*El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*”. Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013, p.210.

resulta errónea si se tiene en cuenta el origen y la naturaleza filosófica y jurídica de este concepto. En cuanto a la perspectiva científica, para la biología los términos individuo humano, ser humano, vida humana y persona se refieren al mismo ente biológico, una misma realidad que vive. De lo anterior se concluye que la ciencia ofrece datos, la filosofía los analiza y racionaliza, la ética emite juicios de valor y califica y, finalmente, el derecho establece niveles adecuados de protección¹⁰⁹. Es por todo lo anterior que a la hora de estudiar el status del preembrión se hará un estudio del status que guarda este ente en estas disciplinas.

La utilización de métodos intervencionistas, como es el caso específico del Diagnóstico Genético Preimplantario¹¹⁰, para la prevención de enfermedades genéticas de aparición tardía o multifactoriales, son objeto de gran controversia desde el punto de vista bioético y legal, puesto que plantea el problema de determinar cuándo una vida es digna de ser vivida, y por ende, dónde poner los límites a la selección genética de embriones¹¹¹. Es inimaginable, por ejemplo, el “Proyecto Genoma Humano” sin la presencia de la reflexión ética como principio, medio y fin de todas sus posibles intervenciones. El cuestionamiento ético, en realidad, ocurre en todos los instantes de la producción del conocimiento científico. La praxis siempre debe ser objeto de una reflexión ética¹¹².

En vista de los adelantos biomédicos, científicos y tecnológicos, varios países, culturas y religiones se han visto en la necesidad de revisar sus políticas, legislaciones y juicios morales sobre la investigación con células madre embrionarias provenientes de preembriones. Es evidente que la controversia sobre la investigación con células madre embrionarias provenientes de preembriones divide y define a la sociedad, planteando

¹⁰⁹ JOUVE de la Barreda, Nicolás. “*La genética y la Dignidad del ser humano*”. Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013, p.p.91-92.

¹¹⁰ Al calificarlo como preimplantario, forzosamente se habla del preembrión, como lo define la legislación española en su ley 14/2007, artículo 3.

¹¹¹ ABELLÁN, Fernando. Op.Cit. p. 23.

¹¹² SIQUEIRA, de José Eduardo. Op.Cit. p. 63 – 67.

interrogantes de naturaleza científica, legal, ética y religiosa acerca de la naturaleza del ser y los límites de la ciencia. Se puede pensar que en buena medida el destino de la humanidad vendrá fuertemente determinado por la respuesta que se obtenga a la pregunta de si el preembrión humano es una cosa, una persona, una mera realidad biológica o una entidad intermedia todavía por definir. Por lo cual a lo largo del presente apartado se hará un análisis del status del preembrión visto desde cuatro diferentes disciplinas, el ámbito religioso, el ético, el científico y el jurídico, precisamente en este orden, reservando el científico y el jurídico para el final pues la ciencia define conceptos que el derecho regula, con el fin de comprender mejor la posición que ocupa dicho ente en estas áreas del saber.

3.1 Status Religioso

Los deberes de toda religión en estos temas se resumen en los siguientes puntos: 1) respetar y proteger la vida humana, ya que es sagrada, y 2) prevenir y aliviar el sufrimiento humano, crear tensión en el debate moral acerca de la aceptabilidad de la investigación con células madre embrionarias desde la perspectiva religiosa¹¹³.

Las opiniones religiosas acerca de la investigación con células embrionarias versan principalmente sobre la aceptabilidad de la investigación con células madre embrionarias humanas, en base a si se considera al blastocito (o preembrión) como persona. En la filosofía moral se hace la distinción entre lo que es una vida humana y vida no humana o materia no viviente, y personas humanas. Las personas humanas disfrutan de un de un status moral especial, y el derecho a la vida acompaña a ese status, y por lo tanto los demás tienen el deber de respetar esa vida. Por otro lado, la vida humana mientras demanda respeto no es equiparable con la personalidad y todos los derechos que ligados a este concepto. Algunas religiones aceptan

¹¹³ KNOWLES, Lori P. “*Religion and Stem Cell Research*”. Stem Cell Network, 2009, p.1.

esta distinción y otras religiones no. Para algunas religiones, los embriones humanos son personas humanas desde el momento de la concepción, mientras que para otras religiones el momento decisivo es aquel en el que el ser está dotado de alma y se considera que esto sucede semanas o meses después de la concepción. Estas diferentes opiniones reflejan diversos puntos de vista de las principales religiones. Es importante tener en cuenta que aun dentro de estas religiones existen grupos que sostienen puntos de vista moralmente contrarios en cuanto a la investigación con las células madre embrionarias¹¹⁴.

Las diversas religiones del mundo traen actitudes diversas, y en ocasiones divergentes, en cuanto a las cuestiones de bioética y biojurídica. Lo que resulta ineludible afirmar es que el status que le otorguen las religiones más poderosas al preembrión resulta relevante pues, a través de tiempo y aun en la actualidad, las tradiciones religiosas parecen influir constantemente en los debates políticos. Ahora bien, el status religioso del preembrión varía con cada religión, pues cada religión percibe al preembrión de forma diferente y le otorga un status diferente en base a su sistema particular de valores y principios. Y es precisamente esto lo que se pretende analizar en el presente apartado, el status del preembrión en las tres religiones mayoritarias a nivel mundial: la religión católica, la religión judía y la religión musulmana.

Mientras que las autoridades de la Iglesia Católica han favorecido la investigación con células madre usando células madre adultas, por otro lado han denominado como ilegal e inmoral la investigación que se realiza con células madre embrionarias. La posición de la Iglesia Católica es que la vida de una persona comienza desde la concepción y el embrión humano tiene el mismo status moral que una persona. Y puesto que la investigación con células madre embrionarias conlleva su destrucción, éstas técnicas son consideradas como homicidio¹¹⁵. La relación entre tradiciones religiosas y políticas nacionales ha sido muy tajante y pronunciada en los países en los que las

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

personas que se identifican como católicos constituyen o una mayoría o una minoría substancial de la población. El Vaticano y algunas organizaciones católicas nacionales han estado a la vanguardia del debate sobre la investigación con células madre embrionarias, tanto a nivel nacional como internacional¹¹⁶.

La Iglesia Católica suele ser la más persistente y conservadora a la hora de proteger el valor y la vida del preembrión. Mantiene que el preembrión desde el momento de su concepción tiene un status moral equivalente al de una persona¹¹⁷. Al respecto hay que señalar los documentos más sobresalientes emitidos por la Congregación por la Doctrina de la Fe¹¹⁸ son la Declaración sobre el Aborto Procurado de 1974 y *Donum Vitae*¹¹⁹ de 1987. El primero de estos documentos, se centra en el aborto y en su regulación, por lo que principalmente trata sobre el embarazo, pero hace referencia a la protección de la vida humana. Señala que el embrión humano nunca se convertiría en un humano si no lo fuese desde el principio, por lo que es una vida independiente tanto del padre como de la madre, desde el momento de la fertilización, y por ende merece absoluto respeto, como cualquier otra persona. La Declaración hace dos puntos que vale la pena resaltar. Primero, la ciencia genética moderna arroja “confirmación valiosa”¹²⁰ sobre esta perspectiva,

¹¹⁶ WALTERS, LeRoy. “*Human Embryonic Stem Cell Research: An Intercultural Perspective*”. Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 14, No.1, 2004, p. 32.

¹¹⁷ Considera que se le debe otorgar al preembrión la misma protección que a una persona desde que el óvulo es fecundado, no sólo porque ya hay vida, sino que son seres humano merecedores del mismo respeto y consideración que el resto de las personas nacidas pues posee una constitución biológica y genética que les permitirá culminar su desarrollo.

¹¹⁸ Órgano colegiado del Vaticano cuya función es “*promover y tutelar la doctrina sobre la fe y las costumbres en todo el orbe católico; por lo tanto, es competencia suya lo que de cualquier modo se refiere a esa materia*”. Así lo señala el artículo 48 de la Constitución Apostólica de sobre la Curia Romana.

¹¹⁹ con referencia a la Instrucción *Donum Vitae* de la Congregación para la Doctrina de la Fe, afirma: “La Iglesia siempre ha enseñado y sigue enseñando que al fruto de la procreación humana, desde el primer momento de su existencia, se le debe garantizar el respeto incondicional que moralmente se le debe al ser humano en su totalidad y unidad de cuerpo y espíritu: ‘El ser humana ha de ser respetado y tratado como persona desde el momento de la concepción, y por ende desde ese mismo momento sus derechos como persona deberán ser reconocidos, entre los que en primer lugar se encuentra el derecho inviolable de todo ser humano a la vida’”. En WALTERS, LeRoy. Op. Cit. p.p. 26-27.

¹²⁰ “confirmación valiosa” hace referencia únicamente a la individualidad genética, no se habla sobre el desarrollo de la individualidad.

debido a que demuestra que desde el principio el paquete genético está en su lugar. Segundo, su conclusión es válida independientemente de la discusión del momento de animación. Aparte, la Declaración estipula que desde el punto de vista moral hay algo seguro: aún si existe duda acerca de si el fruto de la concepción ya es una persona humana, objetivamente es un grave pecado atreverse a asesinarlo. Admite la existencia de duda acerca de la personalidad, pero afirma la inmoralidad de actuar frente a semejante duda¹²¹. Este documento considera que cualquier individuo humano en existencia, desde la concepción hasta la muerte es un individuo de la especie humana y por ende es una persona cuya vida debe de respetarse en todo momento.

Por otro lado, la Instrucción del *Donum Vitae* señala que está consciente de los debates actuales que giran en torno al inicio de la vida humana, y sobre la individualidad del ser humano, así como su identidad como persona. A su vez, afirma que la conclusión de la ciencia con respecto al embrión humano proporciona una indicación valiosa para discernir por el uso de la razón la presencia de una persona en el primer momento de su aparición en la vida humana: ¿cómo podría un individuo humano no ser una persona? *Donum Vitae* hace dos notablemente diferentes declaraciones: 1) es una persona y 2) debe ser tratado como persona. Esto significa que lo que se llama preembrión en efecto tiene derechos, “el derecho al mismo respeto que se le otorga a un niño ya nacido y a toda persona humana”. Por lo que la experimentación no terapéutica es un crimen contra su dignidad como seres humanos y la destrucción de preembriones es un aborto¹²², en otras palabras, para que puedan ser aceptadas moralmente las intervenciones sobre el preembrión, las mismas han de pretender la mejora de su salud o su propia supervivencia.

Básicamente es la preocupación de la Iglesia Católica en cuanto al aborto lo que ha permitido a la sociedad pensar detenida y cuidadosamente acerca de la investigación con células madre, a considerar las pérdidas celosamente, y a reflexionar con prudencia acerca de cómo hacer frente a la

¹²¹ MCCORMICK, Richard. Op. Cit. p. 6.

¹²² MCCORMICK, Richard. Op.Cit. p.p. 7 -8.

política científica y pública frente a la profunda disensión moral¹²³. Para esta religión, el valor y la dignidad son elementos intrínsecos que tiene la vida humana, y que proviene de Dios, por lo que hacen que esta última deba ser respetada, protegida, ayudada y potenciada en todo momento. Sostiene que existe una identidad de cada ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte que le hace único e irrepetible¹²⁴.

La influencia cultural del judaísmo también resulta bastante evidente. La única nación con mayoría judía, Israel, ha sido bastante consistente en su apoyo a la investigación con células madre embrionarias; la política de Israel es completamente compatible con las perspectivas religiosas judías que son prácticamente unánime en lo que respecta al status del preembrión. Representantes judíos que han comparecido ante los comités asesores de bioética también se han alzado en una sola voz a favor de la investigación con células madre embrionarias¹²⁵.

Desde el 2000, Israel ha sido uno de los líderes a nivel mundial en la investigación con células madre embrionarias. En Agosto de 2001 el Comité de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias y Humanidades de Israel argumentó que los preembriones sobrantes de las clínicas de infertilidad eliminaban la necesidad de crear embriones con el fin de destinarlos a la investigación a través de FIV. Como respuesta, el Ministerio de Salud facultó al Comité Nacional de Helsinki para la Investigación Genética en Humanos para revisar y evaluar los proyectos de investigación que involucraban a preembriones supernumerarios o la creación de preembriones¹²⁶.

Ahora bien, las normas de la cultura judía se integran tanto por los textos religiosos como por la ley rabínica. Ambas fuentes resultan relevantes para

¹²³ ZOLOTH, Laurie. “*Reasonable Magic and the Nature of Alchemy: Jewish Reflections on Human Embryonic Stem Cell Research*”. Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 12, No. 1, 2002, p. 74.

¹²⁴ ABELLÁN, Fernando. Op.Cit. p.19.

¹²⁵ WALTERS, LeRoy. Op.Cit. p. 32.

¹²⁶ WALTERS, LeRoy. Op. Cit. p. 7.

explicar las actitudes de la religión judía hacia la investigación con células madre embrionarias. Los judíos ortodoxos creen que los embriones no tienen el mismo status moral que una persona. De hecho, los gametos y los embriones (preembriones) fuera del cuerpo humano no cuentan con ningún tipo de status legal bajo la ley judía¹²⁷. Por ende, los embriones –preembriones– creados con las técnicas de FIV no tienen ningún status moral o jurídico. De acuerdo con la ley judía –*Halajá*¹²⁸– el feto no se convierte en persona –*nefesh*¹²⁹– hasta que la cabeza del feto emerge del útero¹³⁰.

La fuentes de autoridad en el *Halajá* están compuestas por dos partes fundamentales: a) la Ley escrita, compuesta por 613 mandamientos positivos y negativos de origen Sinaí, y están incluidos en los cinco libros del Pentateuco; b) la Ley oral, que incluye la interpretación de la ley escrita, transmitida en su totalidad con sus detalles y minucias en el Sinaí, así como las deducciones lógicas y los decretos rabínicos. Por otro lado, el Torá, que es el principal texto religioso, y sus preceptos son continuamente interpretados por los sabios rabínicos de cada generación que se pronuncian sobre cuestiones que vayan surgiendo, añaden reglas y reglamentos de protección y proporcional orientación legal, ética y personal al pueblo judío¹³¹.

¹²⁷ En la tradición judía, el status moral no se le otorga al preembrión humano al momento de la fertilización, es más, se cree que hasta el día 40 de desarrollo el producto de la concepción es “como agua”. La tradición religiosa judía también enfatiza la importancia de salvar y preservar vidas –*pikuaj nefesh*–, y varios defensores de esta tradición han considerado que el objetivo final de la investigación con células madre embrionarias, es precisamente el de salvar vidas. Y es que la tarea de sanar en el judaísmo no sólo está permitida sino que resulta obligatoria. En WALTERS, LeRoy. Op.Cit. p. 20.

¹²⁸ Palabra que deriva de una raíz que significa “andar”. La palabra se aplica para denominar al conjunto de la normativa judía en su totalidad, representa el sistema legal del Judaísmo, el *halajá* es la que regula la vida judía. En TAPIA Adler, Ana María. “*Judaísmo y Ciencia*”. Cuaderno Jurídico, No. 23, 1998, p.134; PRAINSACK, Barbara. “*‘Negotiating Life’: The regulation of human cloning and embryonic stem cell research in Israel*”. Social Studies of Science, No. 36, 2006, p. 197.

¹²⁹ Es el hábito de vida, la energía que posibilita que la materia (inerte de por sí) tome forma y vida. es la *presencia* espiritual (energía) que sustancia la vida y le da forma, mantiene el funcionamiento corporal y metabólico, y motiva los instintos. RIBOCO, Yehuda. <http://serjudio.com/dnoam/rap45.htm>

¹³⁰ KNOWLES, Lori P. Op. Cit. p. 2.

¹³¹ STEINBERG, Avraham. “*The Beginning of Life – Jewish Perspectives*”. Medical and Ethical Dilemmas, 2005, p.p. 1 - 4.

En realidad no existe acuerdo en cuanto al momento en el que un ser humano es dotado de alma, pero la idea generalmente aceptada en el judaísmo, es que sucede alrededor del día cuarenta. Sin embargo no adquiere status de persona hasta que emerge del cuerpo de la mujer. Puesto que los embriones utilizados para la investigación con células madre embrionarias son embriones extracorpóreos, de acuerdo a la fe judía, es posible destinar los embriones sobrantes de los procesos de FIV a la investigación. Otro factor que hay que tener en cuenta es la importancia que da la religión judía en prevenir y aliviar el sufrimiento humano, esto lleva a una profunda creencia en la moralidad y el valor innegable de fomentar la investigación médica. Esta creencia lleva a los judíos a tener una perspectiva más bien favorable con respecto a la investigación con células madre embrionarias¹³². En otras palabras, la obligación de salvar vidas es uno de los principios cardinales del judaísmo puesto que quien destruye una vida es como si hubiera destruido todo un mundo y quien salva una vida es como si hubiera salvado todo un mundo¹³³. El dilema recae sobre hasta qué punto es moralmente aceptable terminar una vida para salvar otra.

Cabe resaltar que la posición judía hacia el status del embrión está basada en la asunción de una progresiva adquisición de un status humano. Los gametos, el cigoto, el blastocito, la organogénesis temprana, y el desarrollo físico progresivo y la viabilidad del preembrión, todos indican la potencialidad de un crecimiento progresivo de la vida y la existencia humana. Varias etapas del desarrollo del feto tienen un significado particular en la ley judía, éstas son:

- A. El semen: la teología judía respeta el semen como parte humana y porque encierra el potencial para una futura vida, pero no lo considera como vida.
- B. El preembrión: al igual que el semen, le otorgan cierto grado de respeto y además dignidad por ser parte humana y como una vida futura en potencia, pero no se le considera como vida. La probabilidad de vida de esta “entidad” es aun baja y remota; también requiere intervención

¹³² PRAINSACK, Barbara. Op. Cit, p.p. 182-184.

¹³³ Talmud de Babilonia, Tratado de Sanedrín 37^a. En STEINBERG, Avraham. Op. Cit. p. 11.

humana “antinatural” con el fin de continuar existiendo y posteriormente permitirse convertirse en un ser humano. Por lo tanto el preembrión no cuenta con un status de persona¹³⁴. Los preembriones tienen derecho a la total protección de su dignidad. Sin embargo, cuando estos derechos entran en conflicto con otros valores habría que sopesar los derechos y buscar un balance entre ellos. Una de las consecuencias de este balance es el permiso de llevar a cabo el diagnóstico genético preimplantario y descartar los preembriones “defectuosos”. Pero el debate más importante recae sobre el consentimiento de obtener células madre de los preembriones supernumerarios de los proceso de FIV que se encuentran crioconservados, con el fin de lograr avance en la cura de muchas enfermedades crónicas, debilitantes, fatales y degenerativas. Los dilemas éticos sobre la investigación con células madre embrionarias son debatidos en gran parte de las culturas occidentales, pero para la cultura judía los beneficios obtenidos a raíz de este tipo de investigaciones exceden la responsabilidad y la dignidad hacia el preembrión.

- C. El embrión en útero en los primeros 40 días: de acuerdo con el Talmud, hasta después de 40 días posteriores a la concepción, el feto es “meramente fluido”¹³⁵. En esta etapa tampoco se cuenta con status de persona.
- D. El embrión/feto a partir del día 41 en adelante: en esta etapa el potencial de convertirse en un ser humano pleno y completo es cada vez mayor. A lo largo de esta fase ya existe prohibición a la hora de hablar abortos, aunque el feto no tiene derecho pleno a la vida, por lo que la vida de la madre adquiere prioridad sobre la vida del feto¹³⁶.

¹³⁴ La Biblia dice que quien derrama la sangre de un ser humano, dentro de un ser humano, su sangre será derramada (Génesis 9:6). Este verso indica que la prohibición de matar al producto de la concepción recae exclusivamente sobre el ser humano formado dentro de la mujer, por ejemplo el feto; así lo entiende el Talmud. Talmud de Babilonia, Tratado de Sanedrín 67b.

¹³⁵ Talmud de Babilonia, Tratado de Yebamot 69b, Maimónides Mishné Torá. En STEINBERG, Avraham. “*The Beginning of Life – Jewish Perspectives*”. Medical and Ethical Dilemmas, 2005, p. 20.

¹³⁶ STEINBERG, Avraham. Op.Cit. p.p. 16-22.

Sintetizando, Haim Aviv explica que en la ideología judía el hombre es para Dios un socio importante; la creación, de hecho, no es perfecta y el Todopoderoso dejó cosas, quizás a propósito, para que sean completadas por el mismo hombre. Esto atribuye al hombre un compromiso elevado pues debe comportarse como un socio responsable y actuar de forma consecuente. Tesis que corrobora el Libro de los Salmos (8.5), cuando David asevera que Dios hizo al hombre “poco menor” que los ángeles y lo coronó de gloria y de lustre, así como Señor de todas sus obras. De esta forma, frente a los razonables miedos y prevenciones que provocan los temas vinculados a la biomedicina, a la genética humana y al acceso a los recursos genéticos en general, Aviv mantiene y pregon a una visión optimista de la cuestión. La creación tiene una dirección positiva y el hombre posee un enorme poder para acelerar este proceso. *“El Todopoderoso –dice– espera de nosotros que usemos la genética moderna para entender mejor la creación y para perfeccionarla”*¹³⁷.

Finalmente, la postura islámica difiere de las últimas dos, aunque un poco menos de la postura judía, y señala que si bien la vida biológica empieza con la fecundación, la vida humana, el ser humano como tal, sólo surge cuando Dios le infunde el alma al cuerpo, lo que para unos tiene lugar a los cuarenta días de la fecundación, y para otros, la mayoría, a los ciento veinte días. Previo a esto, el feto pertenece únicamente a los progenitores, quienes tienen la facultad de autorizar intervenciones sobre el mismo¹³⁸. Esta postura está más relacionada con el pensamiento utilitarista anglosajón, que considera al preembrión, al embrión, e incluso al feto, como propiedad de los padres.

Esta disparidad de opiniones hace que dentro de la cultura islámica no se pueda hablar de unanimidad en cuanto a la cuestión del status del preembrión, sin embargo la abrumadora mayoría de los comentaristas legales musulmanes a través del tiempo han aceptado la moralidad del aborto ya sea durante los cuarenta días o el cuarto mes del embarazo. A través de las

¹³⁷ AVIV, H. *Actitudes éticas de un científico judío en relación con la intervención genética*, Proyecto Genoma Humano: Ética, Fundación BBVA, Bilbao, 1993, p. 150.

¹³⁸ ABELLÁN, Fernando. “Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DPG)”. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, No. 3, 2006, p.p. 19 - 20

sagradas escrituras queda claro la postura islámica en cuanto al desarrollo embrionario: *“Cada uno de ustedes posee su propia formación dentro del vientre materno, primero como una gota de materia durante cuarenta días, luego como un coágulo de sangre durante cuarenta día, después como una gota durante cuarenta días, y después un ángel es enviado para soplarle vida”*¹³⁹. Este enfoque que tienen del desarrollo embrionario es compatible con la aprobación de la investigación con células madre embrionarias provenientes de preembriones. El Corán, que es el principal texto religioso de la cultura musulmana, resalta la importancia de prevenir el sufrimiento y la enfermedad, por lo que el uso de los preembriones sobrantes para la investigación no supone controversia alguna. Lo que sigue siendo una controversia en la comunidad musulmana, como en la mayoría de las comunidades, es la creación de embriones exclusivamente para destinarlos a la investigación científica.

Como muchos países alrededor del mundo, los países islámicos también han participado en investigaciones con células madre embrionarias. Entre los países islámicos Irán ha tomado la delantera en cuanto a la investigación con células madre embrionarias en 2003. En Irán, Turquía, Singapur y otros países islámicos, la investigación con células madre embrionarias está influenciada por la creencia religiosa que sostiene que la vida humana plena, con todos sus derechos inalienables, comienza solo después de que el feto posee un alma. Los eruditos musulmanes generalmente coinciden en que esto sucede a los ciento veinte días después de la concepción, aunque una minoría coincide con la cultura judía al establecer que más bien el feto posee alma a los 40 días después de la concepción¹⁴⁰.

A lo largo del verano del 2002, científicos iraníes del Centro de Investigación de la Fertilidad, centro afiliado al Instituto Universitario Jihad, anunciaron que habían creado exitosamente células madre embrionarias,

¹³⁹ Sahih al-Bujari Sahih al-musulmana, El Libro del Destino. En WALTERS, LeRoy. *“Human Embryonic Stem Cell Research: An Intercultural Perspective”*. Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 14, No.1, 2004, p. 21.

¹⁴⁰ KNOWLES, Lori P. Op. Cit. p. 3.

hecho que fue celebrado por el gobierno¹⁴¹. Además, Irán es el único país musulmán en el que las técnicas de reproducción asistida usando gametos y preembriones donados han sido legitimadas por las autoridades religiosas y plasmadas en la ley. La donación de preembriones es permitida en este país para superar la infertilidad del hombre o de la mujer. Puesto que el preembrión proviene de un matrimonio y es donado a otro matrimonio, es considerado *hallal*, es decir religiosamente permisible¹⁴².

Caso contrario es el de Egipto, un país religiosamente conservador, el jefe musulmán del Sindicato Médico Egipcio señaló que los embriones eran una vida humana en sus primeras etapas y que nunca deberían ser utilizados en investigaciones, mientras que el Presidente del Consejo de Ley Islámica de América del Norte ha declarado que los embriones destinados a la investigación con células madre son embriones extracorpóreos y por ende carecen del potencial para convertirse en seres humanos y/o personas¹⁴³.

Resulta más complicado generalizar acerca de los países en las que el clero y/o la ley islámica juegan papeles importantes en la formulación de políticas públicas. En los comités de bioética en los Estados Unidos, Europa y Singapur, manifestantes musulmanes han testificado en favor de la investigación y en contra de las restricciones a la misma. Por otro lado, eruditos islámicos están lejos de encontrar unanimidad en sus opiniones sobre el tratamiento adecuado para los preembriones supernumerarios y la creación de los mismos para la investigación¹⁴⁴. Se puede decir que el islam es una religión que fomenta la ciencia y la biotecnología; el enfoque islámico a la biomedicina premia la perseverancia y sugiere que la búsqueda de los objetivos en última instancia conducirán a resultados médicos positivos¹⁴⁵.

¹⁴¹ WALTERS, LeRoy. Op. Cit. p. 7.

¹⁴² ABBASI-SHAVAZI, Mohammad Jalal; et. al. “*The ‘Iranian ART Revolution’: Infertility, Assisted Reproductive Technology, and Third-Party Donations in the Islamic Republic of Iran*”. *Journal of Middle Eastern Women’s Studies*, Vol.4, No.2, 2008, p.p. 1 - 7.

¹⁴³ KNOWLES, Lori P. Op. Cit. p. 3.

¹⁴⁴ WALTERS, LeRoy. Op. Cit. p.p. 33-34.

¹⁴⁵ ABBASI-SHAVAZI, Mohammad Jalal; et. al. Op. Cit. p. 17.

Es la Iglesias Católica la que en la práctica encuentran graves objeciones a la intervención en los preembriones, adoptando una postura totalmente protectora de él y dando lugar a la tercera corriente que se mencionó al principio del presente apartado; mientras que las religiones islamista y judía suelen ser más tolerantes, pues están a favor de un respeto más bien gradual hacia la nueva vida y valoran más los logros alcanzados a través de la investigación con preembriones.

3.2 Status Ético del Preembrión

Como la ciencia y el derecho, la ética lucha para adaptarse al cambio continuo de la sociedad. Ahora se comentará a groso modo el status ético del preembrión, esto debido a que el razonamiento ético tiene lugar después de que el debate científico haya sido estabilizado adecuadamente, debido a que la bioética no puede fundamentarse en hechos científicos incorrectos¹⁴⁶. Por lo que una cuestión importante que merece consideración independiente, una vez habiendo abordado el debate científico, es el status ético del preembrión, pues trae aparejada implicaciones significantes, sobre todo en caso de la fertilización in vitro. Están en juego cuestiones como: 1) qué puede hacerse con preembriones antes de ser transferidos; 2) si todos los preembriones deben ser transferidos; y 3) qué se puede hacer con los preembriones que no serán transferidos¹⁴⁷. Básicamente, los principales puntos de controversia en el ámbito ético versan en la necesidad de destruir el preembrión para el desarrollo de la investigación.

Hay que tener presente que el término “preembrión” no fue introducido para designar una realidad biológica, sino que ha sido un truco lingüístico, ya que el lenguaje condiciona el pensamiento, con el fin de amortiguar el uso de preembriones en la investigación científica. La Dra. Penelope Leach, psicóloga,

¹⁴⁶ KIM, Eun – Sung. Op. Cit. p. 323.

¹⁴⁷ MCCORMICK, Richard A. Op. Cit. p. 1.

afirmó en la revista *Lancet* que conviene utilizar el término preembrión, menos cargado emotivamente, para el producto de la concepción en sus primeros catorce días; el término preembrión ha hecho más que ninguna otra cosa para disminuir la temperatura de las discusiones en torno investigación sobre embriones. En el seno del acalorado debate, hay quienes defienden la postura de que la palabra preembrión es un truco semántico para expropiar al embrión no sólo de su condición humana, sino de su entidad biológica, en otras palabras, es un arma dialéctica que sirve para imponer silencio a los que disienten del punto de vista oficial. En el Simposio “*Human Embryo Research. Yes or No?*” se transcribe una discusión sobre ¿Embrión o Preembrión?, los principales puntos a destacar son los siguientes: a) se considera el uso del término preembrión un truco cosmético, b) ni una sola palabra se dice a favor del término preembrión ni sobre la legitimidad de su uso en Biología, c) el término preembrión no aclara, sino que suprime los problemas¹⁴⁸.

Incluso hoy en día, para algunos, la palabra “preembrión” es una palabra engañosa mediante la que la ética pretende escamotear muchos problemas morales. No fue introducido para designar una realidad biológica, sino para evaporar un debate moral. La palabra “preembrión” es un truco semántico para expropiar al embrión no sólo de su condición humana, sino de su entidad biológica. Con esta apariencia humilde empieza cada persona su propia existencia. Nadie llega a ser hombre sin empezar por ahí. Si se suprimieran esos catorce días de existencia no humana, nadie llegaría a ser hombre. Entre otras cosas, porque en esos días el embrión humano toma las decisiones biológicas de mayor porte¹⁴⁹.

El término preembrión, subrayan ciertos estudiosos, sirve para convalidar o neutralizar éticamente la pérdida o destrucción deliberada de embriones que va inevitablemente unida a los procedimientos de reproducción asistida y a la investigación sobre embriones. La noción de “preembrión” está

¹⁴⁸ HERRANZ, Gonzalo. “*Ética de las Intervenciones sobre el Embrión Preimplantado*”. Anuario Filosófico, Vol. 27, No. 1, 1994, p.p. 132 – 133.

¹⁴⁹ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual*”. Op. Cit. p.p. 2 – 27.

despojada de dignidad y de derechos humanos¹⁵⁰. La mera probabilidad de que un ser humano, aunque sólo lo fuese en potencia, estuviera involucrado bastaría para justificar una absoluta prohibición de cualquier tipo de intervención encaminada a matarle o causarle daño. Donde existen dudas razonables acerca del status personal del embrión joven, principios morales, sin prejuicio por la búsqueda de la verdad, requiere que el preembrión humano desde la concepción sea tratado como persona.

Para justificar éticamente la investigación con preembriones humanos se afirmó que la realidad biológica que existe durante los primeros catorce días no era un embrión humano sino una realidad previa a él: un preembrión¹⁵¹. Sólo privando de carácter humano al preembrión, se logró aminorar la importancia ética que significaba la gran pérdida de preembriones que necesariamente lleva consigo la fecundación *in vitro* y la investigación científica.

Algunas preocupaciones éticas en torno a la experimentación y manipulación con preembriones son: la destrucción del preembrión afectado, algunos preembriones no afectados también son destruidos, el riesgo de abuso por razones no médicas¹⁵², como podría ser la comercialización de los preembriones, denigrando su status al de mero objeto susceptible de convertirse en propiedad. Al respecto, Kant sostiene que aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad. En realidad lo que pretende es distinguir entre personas y cosas, sujetos y objetos¹⁵³.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ FERRER Colomer, Modesto e PASTOR García, Luis Míguels. “¿Ya no es útil o necesario para el avance científico el término “preembrión”?”. Op. Cit. p. 107.

¹⁵² SHENFIELD, F., et. al. “The moral status of the pre-implantation embryo”. Human Reproduction, Vol. 16, No. 5, 2001, p. 1047.

¹⁵³ KANT, Emmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Espasa – Calpe, Madrid, 1983, p. 92.

Aquellos que advierten de los riesgos aparejados con estos temas sostienen que el verdadero peligro radica en el hecho de que cada vez se irá mostrando un menor interés en el preembrión, pues ya resulta evidente que se pretende extender las investigaciones sobre clonación y células madres embrionarias más allá de los primeros catorce días de vida del embrión. Ahora, ante la necesidad de conseguir más tejido humano desarrollado, algunos autores consideran que estaría justificado trazar una nueva línea ética en las 8 semanas argumentando la falta de organización y de desarrollo neuronal del embrión¹⁵⁴. Para partidarios de esta ideología, todo esto se traduce en un peligro, una eminente amenaza al status ético ya no sólo del preembrión o del embrión, sino de la raza humana en general, pues se plantean ¿hasta qué punto se puede jugar con las palabras con el fin de disminuir el valor ético y legal de un individuo? Es aquí donde radica la importancia de imponer límites, sino el debate ya no versará sólo sobre el valor del preembrión, sino que se extenderá a cuestionar el valor del nasciturus. Ya Habermas advierte que la intervención en el inicio de la vida humana plantea cuestiones que afectan a la autocomprensión ética de la especie humana; además pone en relieve la importancia de la reflexión filosófica para establecer límites normativos al avance de la técnica en el campo de la vida humana, como exigencia intrínseca de la propia comprensión como seres humanos.

El Derecho no pretende la perfección del hombre, pero en él subyace una idea de moral objetiva: se expresa en los convenios internacionales, declaraciones y constituciones que reconocen, de forma expresa, la moralidad como límite del ejercicio de los derechos¹⁵⁵, en este caso concretamente de la libertad de investigación científica.

¹⁵⁴ FERRER Colomer, Modesto e PASTOR García, Luis Migue. “¿Ya no es útil o necesario para el avance científico el término “preembrión”?”. Op. Cit. p. 108.

¹⁵⁵ VILA – Coro, Ma. Dolores. Op. Cit. p.317.

3.3 Status Científico

Ciencia y tecnología, alma y cuerpo, son el nuevo imperativo que comanda los pasos de las investigaciones básicas, ya sea de la biología, física, neurología, genética, en fin de aquellos que se consideran los tan necesarios avances del conocimiento¹⁵⁶.

La constante oposición a los avances científicos desde postulados éticos y religiosos no se pueden considerar hechos históricos superados, más bien todo lo contrario, constituye una posición sistemática, pues, sin necesidad de remontarse demasiado en la historia, existen claros ejemplos de intolerancia ante el avance científico en los dos últimos siglos tal es el caso de la aplicación de la anestesia, la utilización de la vacuna de la viruela y, más recientemente, las técnicas de trasplantes de órganos¹⁵⁷. El uso de preembriones en la investigación y/o experimentación biomédica y genética no iba a ser la excepción, y es que no sólo se cuestiona esta actividad sino que se cuestiona el concepto mismo de preembrión.

La pregunta del origen último de cada hombre no es una pregunta que pueda hacerse a la Ciencia, lo que se puede preguntar a la Ciencia es cuánto tiempo es necesario, una vez iniciada la fusión de los gametos, para que la entidad humana viviente resultante alcance el desarrollo suficiente para que se pueda con razón llamar cuerpo. Por lo que se concluye que la biología humana aporta un conocimiento de gran riqueza: la trayectoria vital única de cada hombre está intrínsecamente potenciada por la capacidad de relación personal que posee¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SIQUEIRA, de José Eduardo. Op.Cit. p. 63 – 67.

¹⁵⁷ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. La Investigación con células troncales embrionarias humanas en el ordenamiento constitucional español. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, p. p. 26-27.

¹⁵⁸ LÓPEZ Moratalla, Natalia, et. al. “Inicio de la vida de cada ser humano ¿Qué hace humano el cuerpo del hombre?” Cuaderno de Bioética, no. 22, 2011, p. 286.

La investigación médica o científica básica que involucra preembriones aparenta estar justificada por el status único del preembrión. Las responsabilidades hacia el preembrión se dice que difieren de aquellas hacia las personas nacidas, incluso del que las del embrión más desarrollado. Ciertamente, el preembrión merece respeto, pero las personas nacidas tienen derechos legales¹⁵⁹, que no son equiparables al respeto que se le debe al *nasciturus*. En este debate se encuentran dos posturas opuestas, la postura pro-preembrión apoyada por la bioética y la biología del desarrollo, y la otra postura que es anti-preembrión que se fundamenta en la bioética y en la embriología, cada postura representa la “relación simbiótica” de la bioética con la ciencia¹⁶⁰.

3.3.1 Postura Pro-Preembrión

En primer lugar, se expondrá la postura pro – preembrión, que encabeza el mismo creador del término “preembrión”, el embriólogo de anfibios Grobstein. El límite de catorce días para la investigación en preembriones es generalmente aceptada debido a que de antemano no existe la diferenciación de tejidos fetales, y después de los catorce días sería muy complicado encontrar un límite aceptable¹⁶¹. Hasta que las células preembrionarias sean diferenciadas y organizadas para convertirse en la línea primitiva, no se puede hablar de un individuo para convertirse el locus de personalidad en ningún sentido de la palabra, psico-físico, legal o moralmente¹⁶². El periodo que va de la fecundación al día decimoquinto sería la preparación y durante él se elaborarían los sistemas protectores y nutritivos, y sólo después se formaría el embrión. Este planteamiento ha sido hecho por la Embriología, quien ha

¹⁵⁹ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

¹⁶⁰ KIM, Eun – Sung. Op.Cit. p.324.

¹⁶¹ SHENFIELD, F., et. al. Op. Cit. p. 1047.

¹⁶² DUNSTAN R., G. “*Pre-embryo Research*”. Journal of Assisted Reproduction and Genetics, Vol. 12, No. 8, 1995, p. 520.

propuesto llamar preembrión al conjunto de estructuras anterior al día decimoquinto¹⁶³.

La aparición de la línea primitiva marca la línea divisoria entre el periodo preembriónico y el embriónico (Figura 1). En el periodo preembriónico es cuando se da la gemelación, pero con la aparición de la línea primitiva se marca el inicio de la organización inicial del individuo único y por ende de una vida que merece mayor grado de respeto. La línea que divide la transición entre embrión y feto es de 8 semanas, término generalmente aceptado; y a las 26 semanas el feto es considerado viable y capaz de vivir fuera del útero¹⁶⁴. Aunado a lo anterior, muchos científicos añaden que se tiene que tener en cuenta el hecho de la selección natural, esto es, el alto porcentaje de cigotos que no se llegan a desarrollar por cuestiones naturales.

¹⁶³ UGARTE Godoy, José Joaquín. “*Momento en que el embrión es persona humana*”. Estudios Públicos, no. 96, 2004, p.294.

¹⁶⁴ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

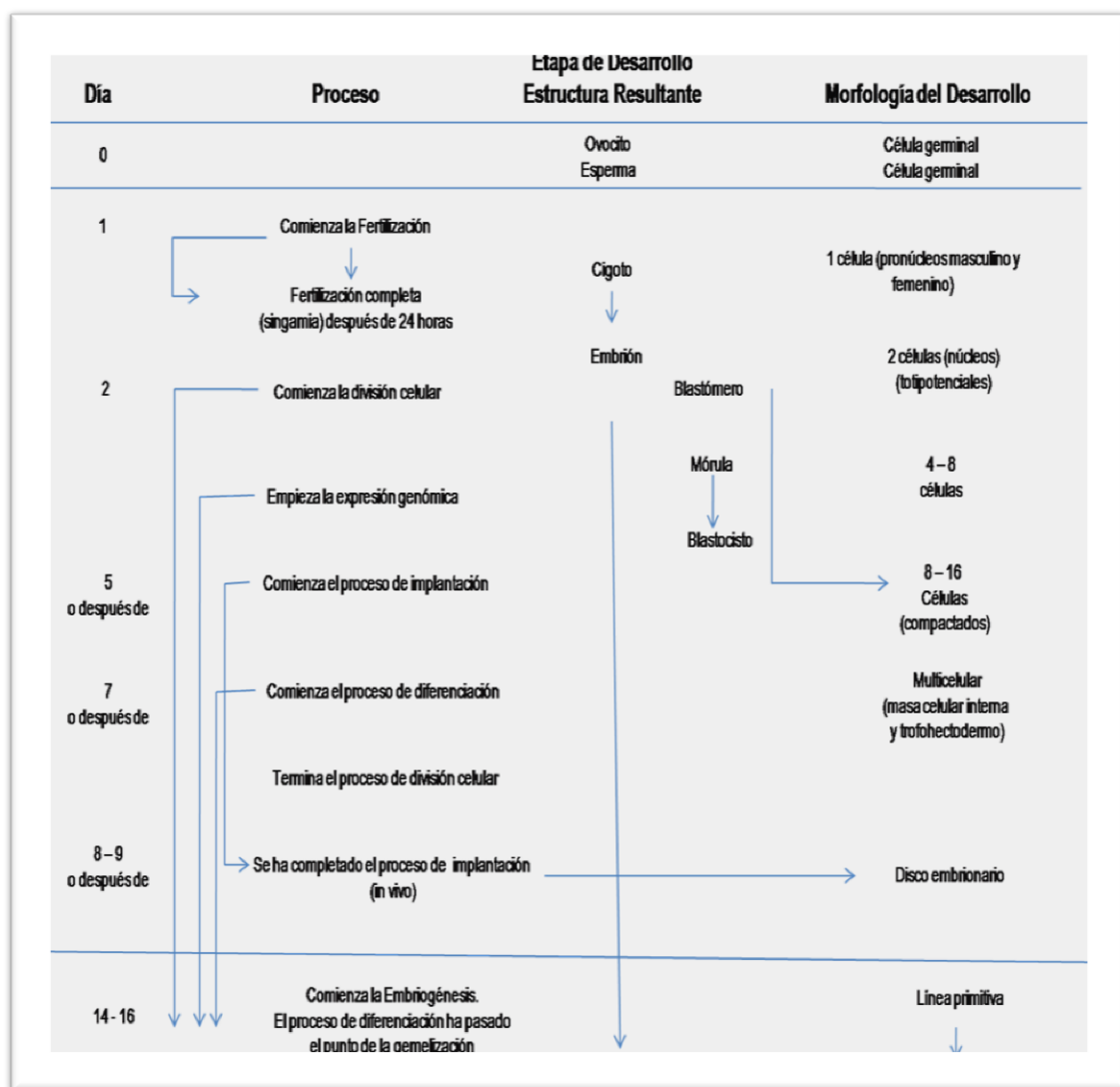


Figura 1. Desarrollo del Preembrión o Embrión en los primeros catorce días. Según lo explica el Comité de Opinión de *The American College of Obstetricians and Gynecologists*¹⁶⁵.

La cuestión en cada caso implica comparar el daño con las nociones simbólicas de la vida humana versus el beneficio obtenido por las acciones o manipulaciones en cuestión¹⁶⁶. Hay quienes consideran que antes de su implantación, y mientras se conserva en centros de crioconservación, es un “bien” y por ende, cualquier manipulación que se lleve a cabo no se puede considerar análoga a los actos o lesiones contra una persona, ni su pérdida de

¹⁶⁵ The American College of Obstetricians and Gynecologists Committee on Ethics. “Using Preimplantation Embryos for Research”. Committee Opinion, No. 347, 2006, p. 347.

¹⁶⁶ ROBERTSON, John. “What We May do with Preembryos: A Response to Richard A. McCormick” Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 1, No. 4, 1991, p. 302.

vitalidad puede equipararse con la muerte. La investigación con preembriones se legitima por la importancia que encierra para la sociedad, su utilidad para la generación de conocimiento, que tiene como fin único el bienestar humano¹⁶⁷.

El neurocirujano Michael Gazzaniga, consideró que lo que claramente distinguía a los seres humanos eran el cerebro y el corazón. Los preembriones, puesto que no tienen ni uno ni otro no pueden ser considerados aun seres humanos *per se* y tranquilamente podrían ser considerados material para la investigación. Por lo que un popular slogan fue “*no brain, no heart, no problem*”¹⁶⁸. Sintetizando, muchos científicos están a favor del uso del término de preembrión y de su utilización en las investigaciones, pero están conscientes de que se deben cumplir ciertos requisitos, como:

- Debe tratarse de investigaciones que sean necesarias y beneficiosas para la humanidad y cuyos resultados no pueden conseguirse por otros medios.
- Debe ir precedida por una experimentación realizada en el laboratorio y en otras especies animales.
- Nunca puede realizarse una investigación humana que conlleve el riesgo de la muerte o la incapacidad física del sujeto sometido a la experimentación.
- Debe existir una adecuada proporción entre los beneficios y los riesgos que se esperan conseguir de la experimentación.
- Los intereses del individuo deben prevalecer sobre los de la ciencia o de la sociedad.

¹⁶⁷ Los beneficios que la investigación y experimentación con preembriones generaría para la humanidad tendrían un valor superior a la protección que merece “la vida biológica”, debido a que en realidad no existe una persona *per se* sino más bien un producto biológico que promete convertirse en persona.

¹⁶⁸ AUGUSTINE Lawler, Peter. “*Thoughts on the Purpose of the Presidents’s Bioethics Council: Expert Consensus vs. Dignified Conflict*”. The Good Society, Vol. 19, Num. 1, 2010, p. 26.

3.3.2 Postura Anti – Preembrión

Dejando atrás la postura pro-preembrión, ahora se analizará la postura anti-preembrión, defendida por aquellos que consideran que se trata ya de una vida humana, de un individuo de la especie humana, quizás hasta de una persona. Los precursores de esta corriente sostienen, a grosso modo, que la ciencia ha demostrado que cada ser humano en su dimensión material, biológica, es genéticamente distinto e irrepetible. Cada ser humano posee una identidad genética desde aquel instante de la fusión de los pronúcleos de los gametos (óvulo y espermatozoide), y esta identidad ya no va a alterarse o cambiar a lo largo de la vida de cada persona.

Evidencia científica señala que desde el momento en el que el espermatozoide hace contacto con el ovocito, el desarrollo del ser humano se da de manera continua, cada fase sigue a la anterior a lo largo de la vida, hasta la muerte de la persona¹⁶⁹. En realidad, la investigación de la biología ha establecido con certeza que tales “progresos” en el desarrollo embrional no representan novedades sustanciales, sino que son parte de la evolución ininterrumpida del organismo desde el primer instante, la fecundación, hasta el último, la muerte de la persona¹⁷⁰. El cigoto es la única entidad unicelular totipotencial, capaz, por ello, de desarrollarse hasta organismo completo, siguiendo la trayectoria vital que se generó. Es, por tanto, un cuerpo en estado unicelular en tiempo cero. Es un viviente de la especie de sus progenitores con las características propias del momento inicial, tiempo cero, de su vida. Una entidad que no puede confundirse con una célula común. El cigoto es un cuerpo, no una simple célula, por lo que el preembrión es un ser vivo¹⁷¹.

Según los defensores de esta postura, el llamado preembrión es una falsa fase del desarrollo humano, inventada por un embriólogo de anfibios por razones meramente políticas, y como *bypass* a las cuestiones éticas y legales.

¹⁶⁹ SHEA B., John. Op.Cit.

¹⁷⁰ NAVARINI, Claudia. Op.Cit.

¹⁷¹ LÓPEZ Moratalla, Natalia, et. al. Op. Cit. p. 291.

Su inclusión en el lenguaje de la embriología representa un enredo de colosales dimensiones¹⁷². Ciertos embriólogos, como O`Rahilly, Muller y Kischer, culpan a Grobstein el haber acuñado el término de preembrión intencionalmente con el fin de tolerar la destrucción de los embriones jóvenes¹⁷³; y sostienen que la embriología humana no desea ser parte de esta política de “status reducido”. Para ellos, el llamado preembrión es una falacia, carece de justificación científica creíble¹⁷⁴. Al respecto, cabe la posibilidad de que Popper tenga razón cuando afirma que “*la historia de las ciencias, como la de todas las ideas humanas, es una historia de sueños irresponsables, de caprichos y de errores*”¹⁷⁵.

La mayoría de libros de texto de Embriología que empleaban el término de “preembrión”, silenciosamente han dejado de hacerlo en sus nuevas ediciones, mientras que activamente lo tachan como un término inexacto y lo han desacreditado, e incluso defensores de la investigación con embriones consideran que el término se debía más a términos políticos que científicos; ahora describen al cigoto recién fertilizado simplemente como embrión. Otros expertos abiertamente desestiman el término “preembrión” por considerarlo inexacto¹⁷⁶. Parece ser que dicho término no ha tenido éxito en la literatura científica para designar la realidad existente desde la fecundación hasta el día catorce. A pesar de esto, lo cierto es que el cigoto posee un genoma absolutamente único que 1) le confiere una entidad humana; 2) lo distingue de cualquier otro, y 3) constituye la estructura fundamental permanente necesaria para el desarrollo rigurosamente orientado del nuevo sistema¹⁷⁷.

Muchos científicos advierten que la intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano sólo puede llevarse a cabo con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos, y sólo si su objetivo no es introducir una

¹⁷² NAVARINI, Claudia. Op.Cit.

¹⁷³ KIM, Eun – Sung. Op.Cit. p.329.

¹⁷⁴ KISCHER Ward, C. Op.Cit. p.p. 89 – 98.

¹⁷⁵ SIQUEIRA, de José Eduardo. Op.Cit. p. 64.

¹⁷⁶ DOERFLINGER, Richard. “*Ditching Religion and Reality*”. The American Journal of Bioethics, Vol. 2, No. 1, 2003, p. 43. KIM, Eun – Sung. Op.Cit. p.331.

¹⁷⁷ UGARTE Godoy, José Joaquín. Op. Cit. p. 286.

modificación en el genoma de la descendencia. El interés de las futuras generaciones no permite la intervención en la línea germinal¹⁷⁸. La responsabilidad del ser humano consigo mismo es indisociable de la que debe tenerse en relación a todos los demás. Independientemente de lo anterior, no se debe obviar que además de correr el riesgo de alterar o modificar el genoma del preembrión, al mayor interés que se muestra es en el debate de que gira en torno a destinar los preembriones a la investigación y experimentación científica, aludiendo grandes avances para campos como la medicina, la biología y la genética. Dicho proceso de investigación conlleva la destrucción del preembrión, lo cual no sólo genera dilemas éticos sino también legales y algunas discusiones entre grupos de científicos¹⁷⁹. Otro punto a considerar es el descubrimiento de que las células de piel humana pueden ser reprogramadas para actuar como células madre pluripotentes, lo cual hace posible la terapia de reemplazo celular específica en cada paciente con un riesgo mínimo de rechazo del trasplante por parte del donante de la célula de piel¹⁸⁰.

Así, el término preembrión viene a ser un neologismo inútil, inútil científicamente porque, antes del embrión, sólo hay gametos, es decir, un óvulo y espermatozoides y hasta que alguno de estos no ha fecundado al primero, no existe un ser nuevo. No se puede hablar, por lo tanto, de preembrión porque, por definición, el embrión es la forma más joven del ser¹⁸¹.

¹⁷⁸ MORI, Maurizio y NERI, Demetrio. Op. Cit. p. 330.

¹⁷⁹ Las células madre embrionarias se obtienen de preembriones vivos a través de procedimientos inmunquirúrgicos que disuelven la membrana externa con el fin de dejar expuesto la masa celular interna de donde se extraen las células madre embrionarias, antes de ser cultivadas e inducidas a diferenciarse. El embrión es literalmente desmembrado. ZOLOTH, Laurie. Op. Cit. p. 3. Estas células adultas que son reprogramadas con el objetivo de que actúen como células madre pluripotentes presentan grandes ventajas, pues ya no se depende de los preembriones para la obtención de este tipo de células, pero aunque parece ser una alternativa esperanzadora lo cierto es que la reprogramación celular es una tarea que resulta muy complicada y a veces éstas células pluripotentes inducidas pierden parte de su plasticidad, lo cual hace del preembrión el candidato más atractivo a la hora de obtener este tipo de células. Este tipo de células, pluripotentes, también se encuentran en el cordón umbilical y en otros tejidos adultos, como se ha mencionado previamente, pero estas células tampoco preservan su plasticidad como lo hacen las que se extraen de los preembriones.

¹⁸⁰ ZOLOTH, Laurie. Op. Cit. p. 9.

¹⁸¹ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual*”. Op.Cit. p.p. 2 – 27.

Al denominar “preembiones” a los embriones jóvenes, se podría pensar que no merecen el respeto que posiblemente se le atribuye a los embriones reconocidos como tales; se corre el peligro de que la sociedad caiga en el error de pensar que el “preembrión” no tiene el mismo significado que un embrión, cuando, al contrario, de hecho la primera célula sabe más y está más especializada que cualquier célula que haya después en nuestro organismo¹⁸².

Nadie llega a ser hombre sin empezar por ahí. Si se suprimiesen esos catorce días de existencia “no humana”, nadie llegaría a ser hombre. Entre otras cosas, porque en esos días el embrión humano toma las más importantes decisiones biológicas, las de mayor porte. Negar a los preembiones el derecho de humanidad es una injusticia cruel, es negar el mismo origen humano del hombre. No se puede renunciar a esos catorce días, no se puede admitir que durante su transcurso no se tuviera importancia, que fuera un asunto discrecional y arbitrario, una cuestión indiferente, dejar vivir o destruir¹⁸³.

Lo anterior se condensa en los siguientes puntos:

- No existen saltos cualitativos, no en la constitución genética ni por tanto en la condición humana desde la fecundación hasta la muerte. No se trata de cambios graduales, como si al principio s fuera menos humanos y menos individualizados y a partir de un determinado momento no inicial se adquiere de pronto la condición humana e individual.
- El embrión merece la calificación de ser humano y el ser humano es inmutable en su identidad genética a lo largo de su vida, y por tanto es su condición de persona.
- No hay argumentos para discutir la condición de la vida humana con la misma intensidad en todas y cada una de sus etapas.
- La utilización del término preembrión se restringe a los textos legales. Es absurdo desde el punto de vista biológico¹⁸⁴.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ HERRANZ, Gonzalo. Op. Cit. p. 134.

¹⁸⁴ JOUVE de la Barrera, Nicolás. “*La genética y la Dignidad del ser humano*”. Op.Cit. p.p. 15 – 16.

3.3.3 El uso del Preembrión en la Investigación Científica

Independientemente de las posturas pro o anti preembrión, los beneficios que reportan el uso de las células madre embrionarias extraídas de preembriones son innegables, y esto no lo pueden negar ni los partidarios de la postura anti-preembrión, pues ellos sólo están en contra del uso del término en sí, no del uso de preembriones en la investigación científica.

En realidad, cuando se realizan en condiciones controladas de laboratorio, las líneas celulares¹⁸⁵ *in vitro* hacen posible obtener un “*disease on a dish*”, lo que quiere decir que permite el estudio de enfermedades en un ambiente controlado que llevará a los grupos científicos a entender mejor aquellas enfermedades que son evolutivas y degenerativas, con el fin de que en un futuro se puedan tratar. El mejor ejemplo se encuentra en las vacunas, no hay que olvidar que las vacunas procedieron de tejido de fetos abortados y son el precedente más directamente relacionado con el análisis de complicidad moral en la investigación con células madre embrionarias provenientes de preembriones. Las vacunas que actualmente se encuentran en el mercado para el sarampión alemán y la varicela fueron desarrolladas en 1961 usando células de fetos obtenidas de los restos de abortos voluntarios. Desde entonces y hasta la fecha, sólo en Estados Unidos, el programa de vacunación de salud pública para el sarampión ha prevenido más de 5.000 muertes y 15.000 casos de retraso mental¹⁸⁶.

El poder obtener células madre provenientes del cordón umbilical, de la médula ósea y de tejido fetal y la capacidad que tienen estas células de regenerarse ha sido conocida desde hace un tiempo. Sin embargo, la

¹⁸⁵ Hay dos técnicas para obtener líneas celulares: a) la Técnica Thompson, que consiste en obtener las líneas celulares de la masa celular interna del preembrión; y b) Técnica de Gearhart, el tejido fetal obtenido de la región destinada a desarrollarse como testículos u ovarios en los fetos que han sido abortados. En GONZÁLEZ De Cancino, Emilssen, “*Utilización de Células Madre. Realidades y Perspectivas Jurídicas*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p.p. 101-102.

¹⁸⁶ ZOLOTH, Laurie. Op. Cit. p.p. 6 – 8.

posibilidad de extraer células madre embrionarias y crecerlas en cultivo es un avance más bien reciente, que abre las puertas a nuevas posibilidades en tratamientos y terapias. La diferencia radica en que el término “células madre” hace referencia a cualquier célula capaz de regenerar tejido; por otro lado las células madre embrionarias conservan con la capacidad de convertirse casi en cualquier tipo de célula del cuerpo humano. La fuente de estas células madre embrionarias con las que generan una serie de debates éticos y legales en la sociedad, al mismo tiempo la comunidad científica y los pacientes que sufren de enfermedades hasta hoy incurables se encuentran alentados ante las posibilidades que encierran estos avances.

Las posibilidades terapéuticas a partir de las células madre embrionarias se descubren en febrero de 1998, gracias a los trabajos del profesor Thomson, de la Universidad de Wisconsin, publicados en la Revista *Science*. Es a partir de este momento donde se descubre la fascinante capacidad de las células madre embrionarias, que provenían de preembriones, para regenerar tejidos dañados, así como para el tratamiento y la cura de enfermedades que hoy en día son graves e incurables¹⁸⁷. A partir de entonces se descubre que la investigación con preembriones puede mejorar, entre otras cosas, el diagnóstico clínico de la infertilidad, de tecnología anticonceptiva, diagnóstico genético, e inclusive el manejo médico de malformaciones congénitas¹⁸⁸. Investigaciones con preembriones pueden ser diseñadas para estudiar la diferenciación y malignidad de células. Un caso interesante es el de las células totipotentes; ciertas células de los preembriones son totipotentes, esto es, tienen la capacidad de dividirse y diferenciarse en una o varias de las diferentes células que conforman el organismo humano, pero este tipo de células sólo se encuentran en la etapa preembrionica¹⁸⁹. También puede ser orientada a

¹⁸⁷ URRUELA Mora, Asier. “*La Investigación con Células Madre. Aspectos Éticos y Jurídicos*”. Células Troncales. Aspectos Científicos-filosóficos y Jurídicos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, p.p. 151 – 152.

¹⁸⁸ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

¹⁸⁹ El tipo más común de células madre embrionarias usadas para la investigación derivan de embriones creados por parejas que se someten a un tratamiento de FIV y ya no requieren los embriones sobrantes. La investigación con células madres provenientes de adultos también podrían resultar fructífera. ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the*

cultivar células y tejidos específicos, con la esperanza de mejorar la terapia de trasplantes¹⁹⁰.

La investigación en terapia genética humana está diseñada para aliviar, e incluso curar, una enfermedad genética, insertando un gen normal en el DNA de una célula con un gen disfuncional. Este es uno de los muchos logros que se pretende alcanzar a través de la investigación y experimentación con genes, pero el riesgo siempre debe ser proporcional a la importancia del conocimiento ganado¹⁹¹.

Otra vertiente de la investigación con preembriones es el diagnóstico genético preimplantario, que consiste en extraer una o más células del preembrión *in vitro* en desarrollo y sometiendo su ADN a análisis genéticos; en base al resultado del test genético, el preembrión es descartado o implantado en el útero de la mujer, este proceso necesariamente implica la necesaria manipulación y posible destrucción del preembrión¹⁹². Este diagnóstico ofrece una alternativa al diagnóstico prenatal que se hace más adelante y al aborto para parejas que tiene un alto riesgo de enfermedades genéticas severas. Sin embargo, este método se traduce en la manipulación del preembrión, y en algunas ocasiones su destrucción. Si el preembrión no es considerado aún una persona, se puede decir que este método tiene la ventaja de adelantarse al diagnóstico prenatal y evitar abortos de fetos más desarrollados, y que por ende titulares de más derechos y mayor respeto. McCormick argumenta que el

United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics". University of Texas Law Journals, April 2004, p.p. 211-212.

¹⁹⁰ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

¹⁹¹ Ibidem

¹⁹² El DGP es sólo uno de los diagnósticos genéticos posibles, ya que éstos pueden realizarse en las diversas fases de desarrollo celular y humano, pero sin lugar a duda es el que más problemas plantea, puesto que el resultado del mismo viene acompañado de una selección de los preembriones que se han de implantar. En este sentido, suele distinguirse entre diagnóstico preconceptito, diagnóstico preimplantacional, diagnóstico prenatal y diagnóstico posnatal. En DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 159.

deseo de dar a luz a descendencia sin enfermedades genéticas severas puede no ser suficiente para arriesgar dañar a un preembrión sano con la biopsia¹⁹³.

Los padres, clínicamente aconsejados, pueden decidir no engendrar un hijo con serias enfermedades o discapacidades no sólo predecibles sino hereditarias; por lo que pueden elegir no implantar ese preembrión, lo cual resulta preferible a la opción de terminar con el embarazo –abortar-¹⁹⁴.

Con el diagnóstico genético preimplantario del preembrión, se puede conocer el sexo del niño en potencia. Donde hay razones para buscar desórdenes genéticos transmitidos y relacionados con el sexo; en estos casos podría considerarse benéfica la investigación en preembriones, así los padres pueden decidir intentarlo con un preembrión del otro sexo. En el caso en el que se elige el sexo por cuestiones culturales o preferencias personales es donde no resulta éticamente correcto¹⁹⁵.

A grosso modo, y según el *Nuffield Council on Bioethics*, las células madre se clasifican en adultas (uni y multipotentenciales) y embrionarias (pluri y totipotenciales). Mientras más cercanas están al origen de la vida, ganan en potencia. De acuerdo con la mayoría de los científicos, gracias a la investigación en células embrionarias se ha avanzado en el conocimiento sobre la diferenciación celular, el funcionamiento general del genoma humano, el momento preciso en que ciertos genes se prenden o se apagan, así como sobre la plasticidad¹⁹⁶ del genoma¹⁹⁷.

¹⁹³ ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op.Cit. p. 299.

¹⁹⁴ DUNSTAN R., G. Op.Cit. p. 518.

¹⁹⁵ Ídem. p. 521.

¹⁹⁶ Plasticidad genómica se refiere a la habilidad del ADN de expresar genes para la adaptación a condiciones ambientales o amenazas biológicas. SEPENCER E., Thomas y PALMARINI, Massimo. “*Application of Next Generation Sequencing in Mammalian Embryogenomics: Lessons Learned from Endogenous Betaretroviruses of Sheep*”. National Institute of Health, 2012, p-p- 95-103.

¹⁹⁷ SAGOLS Sales, Lizbeth. “*El Ser Temporal del Embrión*”. Células Troncales. Aspectos científicos-filosóficos y jurídicos. Universidad Autónoma de México, México, 2005, p. 77.

Los biólogos han buscado maneras de entender cómo las células en el preembrión mantienen la plasticidad y la inmortalidad. Se sabe desde hace tiempo que algunas células del cuerpo, tales como las del revestimiento de los intestinos, células de la sangre, y células de la piel y del cabello, se renuevan constantemente. Investigadores descubrieron que algunos de estos tejidos contienen células madre que siguen indiferenciadas y que tienen la capacidad de convertirse en células maduras y funcionales. Estas células adultas halladas, cultivadas y utilizadas para tratar algunos casos: como trasplante de médula ósea. Pero estas células tienen varias limitaciones: son raras y difíciles de encontrar, no están disponibles para todos los tipos de tejidos, y, cuando son cultivadas en un laboratorio siempre dejan de dividirse y pierden sus propiedades de auto-renovación, ya que con cada división, la telomerasa en el extremo de los cromosomas nucleares se acorta¹⁹⁸.

Ahora bien, las células troncales tienen capacidad de reproducirse por sí mismas de forma indefinida y para dar lugar a una gran variedad de líneas celulares especializadas. Las células troncales se encuentran presentes en el adulto¹⁹⁹, pero las células más versátiles de este tipo se encuentran en las etapas tempranas del embrión (en el preembrión); a diferencia de las adultas, altamente especializadas, las células troncales embrionarias y fetales son pluripotentes, es decir, que pueden derivar en cualquiera de los tipos de células que forman el cuerpo humano, y las células preembrionarias, las que generan más interés, son totipotentes, es decir, de ellas pueden derivar otro individuo. Las células troncales preembrionarias son herramientas de investigación para entender los acontecimientos fundamentales del desarrollo humano en sus primeras fases, lo que podría explicar las causas de los defectos de nacimiento, primer paso para prevenirlos y corregirlos. La investigación sobre

¹⁹⁸ ZOLOTH, Laurie. Op. Cit. p. 66-67.

¹⁹⁹ Las fuentes conocidas de células troncales adultas incluyen la médula ósea, la sangre, la córnea y la retina en el ojo, el cerebro, la pulpa dental, el hígado, la piel, el tracto gastrointestinal y el páncreas. La información más abundante sobre células troncales adultas proviene de los estudios del tejido hematopoyético. Por otro lado, algunos reportes indican que las células troncales adultas presentan plasticidad, bajo condiciones experimentales específicas. RUDOMIN Zevnovaty, Pablo. “*Recomendaciones para el empleo en México de células provenientes de tejidos embrionarios humanos para la investigación*”. Revista Derecho y Cultura, Invierno 2001-Primavera 2002, p. 25.

células troncales embrionarias humanas también facilitará el desarrollo de estrategias para evitar el rechazo inmune del trasplante de células²⁰⁰.

La tensión se muestra especialmente en la labor investigadora/productiva en áreas relacionadas con la investigación y/o experimentación que utiliza preembriones o lo que en sentido lato podemos llamar elementos embrionarios, toda vez que la investigación con células de procedencia adulta, goza de un consenso pacífico²⁰¹. Hay que tener en cuenta que las células troncales, o células madre, adultas presentan una serie de limitaciones, dichas limitaciones dan enormes ventajas a la investigación con células madre preembrionarias. Algunas de las limitaciones que presentan las células troncales adultas son las siguientes:

- Son raras y presentan dificultades para su identificación, aislamiento y purificación.
- Una vez aisladas y cultivadas, tienen capacidad para formar solamente uno o un número limitado de células especializadas.
- No existe a la fecha una población aislada de células troncales adultas que sean capaces de formar todos los tipos de células del organismo.
- Hay un número insuficiente de células capaces de ser trasplantadas.
- No se reproducen indefinidamente en cultivo²⁰².

El objeto que se persigue en la experimentación terapéutica de los preembriones es lograr obtener un bebé sano en una familia con altos riesgos de enfermedades genéticas hereditarias. Las técnicas hasta el momento desarrolladas parecen tener un grado aceptable de precisión y aparentemente son seguras para los descendientes²⁰³.

²⁰⁰ RUDOMIN Zevnovaty, Pablo. Op. Cit. p.p. 21- 24.

²⁰¹ SERRANO Ruiz-Calderón, José Miguel. “*Dignidad versus patentabilidad (Comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asinto Briistle/Greenpeace)*”. Diario la Ley, No. 7766, 2011, p. 1.

²⁰² RUDOMIN Zevnovaty, Pablo. Op. Cit. p. 25.

²⁰³ SHENFIELD, F., et. al. Op.Cit. p. 1047.

Entre los beneficios y los riesgos de la investigación con preembriones humanos se encuentran:

1. Incrementar el conocimiento acerca de la embriogénesis y embriopatía
2. Entender mejor la biología de la implantación humana
3. Comprender las causas del aborto espontáneo
4. Desarrollar métodos de concepción más simples y/o más efectivos
5. Mejorar los métodos y tratamientos de FIV
6. Desarrollar técnicas de biopsia del preembrión para el diagnóstico genético preimplantario o anomalías cromosómicas
7. Mejorar la técnica de microinyección de espermatozoides directamente en el óvulo²⁰⁴.

Ahora bien, los preembriones que se destinan para la investigación se pueden dividir en dos categorías: embriones preimplantarios supernumerarios donados por personas que se someten a tratamiento de fertilización *in vitro*, y preembriones creados con el propósito específico de ser sometidos a investigación. La segunda categoría es la que causa mayor debate, aún los defensores de la corriente pro-preembrión encuentran complicado defender la creación de preembriones con fines específicamente de investigación. En realidad dentro de la primera categoría, la donación a la investigación es una de las otras opciones, pues ciertamente también se cuenta con la opción de la crioconservación, la donación a otras parejas y la destrucción de los preembriones.

La investigación con preembriones, ya sea terapéutica²⁰⁵ o no terapéutica, puede ser justificada por el bien común. Lo que si se debe tener presente es que toda investigación en preembriones humanos debe estar precedida por la

²⁰⁴ MORALES, Arlene, et. al. “*Preembryo Research*”. American College of Obstetricians and Gynecologists, 2004, p. 93.

²⁰⁵ Se considera terapéutica cuando la técnica usada, con el procedimiento de transferencia nuclear, a partir de núcleos de cultivos celulares o de preembriones sin la intención de producir un individuo clónico vivo, sino con el objetivo de obtener cultivos de tejidos, en lo posible de órganos, para reparar los que presenten daños en un embrión, feto o persona ya nacida. En GONZÁLEZ De Cancino, Emilssen, Op. Cit. p. 101.

investigación en animales. También hay que tener en mente que los preembriones sometidos a investigación -y por ende a manipulación- no deben ser transferidos al útero con el fin de lograr un embarazo²⁰⁶.

Si la investigación va estar seguida por la transferencia del preembrión, éste no debe ser expuesto a ningún riesgo innecesario en la investigación. La investigación no tiene que ser terapéutica para el preembrión, pero no debe poner en peligro la oportunidad del preembrión de desarrollarse y convertirse en una persona sana. Por otro lado, un nivel más alto de riesgo parece aceptable si el preembrión no va a ser transferido, en ese caso el preembrión debe ser siempre tratado con respeto, pero un riesgo mayor no disminuirá la oportunidad del preembrión de desarrollarse más no pondrá en peligro su sano desarrollo. En otras palabras, si el preembrión no va a ser transferido, el beneficio al preembrión no es un problema; sin embargo, si el preembrión va a ser transferido, el beneficio ofrecido por la investigación es ciertamente relevante en el diseño de la investigación²⁰⁷.

¿Cómo debe valorarse el riesgo, beneficio y el valor del conocimiento en el contexto de la investigación con preembriones? Cualquier preembrión está relativamente sujeto a grandes riesgos. La tasa de pérdida natural de preembriones es relativamente alta. Dentro del contexto de FIV, la tasa de pérdida es aún mayor. Por lo tanto, cuando el preembrión está involucrado, el concepto de riesgo es más extremo de lo que es para un adulto, niño, e incluso que un feto en desarrollo²⁰⁸. Las imágenes que se tienen con la investigación con células madre embrionarias son, por un lado la de preembriones muertos y por el otro, la de curaciones milagrosas generadas mágicamente en un laboratorio. Ninguna de estas dos nociones es correcta ni realista, ni siquiera se acerca a la verdad²⁰⁹.

²⁰⁶ SHENFIELD, F., et. al. Op.Cit. p. 1048.

²⁰⁷ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ MAIENSCHIEIN, Jane. “*Part II – What’s in a Name: Embryos, Clones, and Stem Cells*”. The American Journal of Bioethics, No. 1, Vol. 2, 2002, p. 17.

Los beneficios biomédicos que se obtienen de la investigación con células madre embrionarias superan los riesgos morales, pero aquellos que consideran al preembrión humano como precursores humanos están de acuerdo que la destrucción de preembriones es una característica lamentable de la práctica actual de la investigación con células madre²¹⁰, aun así no niegan el evidente beneficio y adelanto que supone su utilización en la investigación.

Quizá ciertos conocimientos harán que el riesgo valga la pena, algunos no. Además, parece apropiado limitar la investigación con preembriones a situaciones en las que conocimiento importante no se puede obtener de otra manera. Esta limitación resulta consistente con el respeto por el preembrión y ayudará a mantener el respeto por él. No importa cuán importante el conocimiento a ganar, el preembrión no debe ser tratado como un bien comercial, y tampoco debe ser usado a conveniencia ni capricho²¹¹.

Dos cosas se deben tener en cuenta cuando se recurre a la ayuda de la ciencia con el fin de evaluar el status del preembrión. Primero, la ciencia no es competente para decidir la cuestión de personalidad, pero tampoco se puede decidir dicha cuestión sin ella; pues es a través de ella es que se definen las etapas de desarrollo natural, así como las características de cada etapa. El segundo punto es que más allá de la etapa de células, el blastómero empieza a perder sus propiedades de cigoto²¹².

Es preciso considerar que la ciencia no tiene por misión providencial salvar la humanidad, no obstante posee poderes ambivalentes sobre el desarrollo futuro de la humanidad²¹³.

²¹⁰ ZOLOTH, Laurie. Op. Cit. p.3.

²¹¹ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin.Op.Cit. p.p. 258 – 309.

²¹² MCCORMICK, Richard. Op.Cit. p.2.

²¹³ SIQUEIRA, de José Eduardo. Op.Cit. p.64.

3.4 Status Jurídico

Como ha quedado constatado a lo largo del apartado anterior, el cuerpo humano comienza con la fecundación, siendo así, en el cigoto está todo lo que es determinante para el desarrollo cualitativo y cuantitativo que experimenta ese embrión humano desde el estadio de tal hasta el de individuo adulto con los órganos definitivos perfectamente constituidos. Por ende el preembrión, es, pues, ser humano, individuo humano, desde el inicio del cigoto. La apreciación de si hay o no persona humana no corresponde ya a la Biología, sino a otras disciplinas, como el Derecho, pues el concepto de persona, es un concepto jurídico y filosófico²¹⁴. El derecho debería ser considerado una herramienta realista para mantener una relación próxima entre la ciencia y la sociedad y para hacer tomar conciencia a todos los afectados por ambos de que el contexto en que se desarrolla la ciencia supone una interacción permanente entre la sociedad y las actividades científicas²¹⁵. Así, desde un punto de vista jurídico el problema más grande gira en torno a la delimitación de un status jurídico del preembrión. No se puede negar su naturaleza humana por lo que no resulta difícil sostener que es indispensable que el derecho debe jugar un papel importante en todo asunto relacionado con la protección de la especie humana. Había que plantearse si el uso de preembriones para la investigación representa una instrumentalización antijurídica de seres humanos en beneficio de terceros²¹⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Derecho no debe olvidar que debe partir de la realidad biológica, pues ésta sirve de base a la reflexión jurídica, a pesar de esto, no hay que perder de vista que sea la biología la que aporta datos científicos, son las ciencias sociales, como el Derecho, las que analizan esos datos y emiten juicios de valor. El Derecho busca garantizar los derechos de la persona sustrayéndolos a la cambiante voluntad de la mayoría de turno. Puesto

²¹⁴ UGARTE Godoy, José Joaquín. Op. Cit. p.p. 290 – 291.

²¹⁵ Byk, C. *Lecciones del pasado: proyectos para el futuro. El Proyecto Genoma Humano y el contrato social: un enfoque de política jurídica*, Proyecto Genoma Humano: Ética, 1, Fundación BBVA, Bilbao, 1993, 407.

²¹⁶ GONZÁLEZ De Cancino, Emilssen. Op. Cit. p. 103.

que uno de los cometidos fundamentales de la biojurídica es preservar la dignidad humana y los derechos humanos frente a la biomedicina. Por lo tanto, las deliberaciones bioéticas no se pueden desarrollar al margen del Derecho. Aun así, el sentido que dé la ciencia al término de preembrión predetermina el camino que tomará el Derecho a la hora de legislar y en definir su status.

El nombre legal que se le da al preembrión puede ser analizado en varios niveles. En un primer nivel, el preembrión es una entidad biológica en desarrollo por catorce días después de la concepción. Para definir la adecuada política para guiar la investigación de FIV y la investigación con preembriones, se debe mirar más allá de las líneas polarizadas del debate del aborto y definir el rol del preembrión dentro de la comunidad humana²¹⁷. El status otorgado al preembrión determinará los principios legales que se aplican a las cuestiones relacionadas con el preembrión²¹⁸.

Ahora procede extraer las consecuencias pertinentes en relación con la determinación del status jurídico – constitucional del preembrión. Esta cuestión representa uno de los problemas esenciales de la relación entre el Derecho y la Genética, pues la mayor parte de las prácticas en la materia tienen como objeto preembriones humanos, o a las células de ellos extraídas o derivadas. Han sido las diversas técnicas de reproducción asistida, así como otras actuaciones de tipo genético, las que han puesto de relieve la importancia de precisar la definición y la posición jurídica del preembrión²¹⁹ humano²²⁰.

El legislador, al reconocer que hasta ahora no se ha hecho, o se ha hecho de forma muy precaria (en este caso con respecto a la definición del status jurídico del desarrollo embrionario) da razón: pues difícilmente puede

²¹⁷ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ De hecho, la expresión “embrión preimplantario” suele utilizarse como sinónimo del término “preembrión”, aunque en realidad el adjetivo “preimplantario” sólo tiene sentido cuando se habla del embrión fecundado fuera del útero materno, que puede o no ser posteriormente implantado en el mismo.

²²⁰ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p.p. 125 – 127.

delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos. También hay que reconocer que es muy arriesgado jurídicamente convertir unas categorías médicas de no universal aceptación en postulados intangibles para colocar sobre ellos categorías jurídicas con la consiguiente discriminación en la protección que les presta el ordenamiento jurídico; cuestión mucho más grave aún si se considera que no se está frente a categorías médico – jurídicas neutras, sino que van revestidas de una carga de consecuencias de imprevisible dimensión: manipulación de preembriones, investigación y experimentación sobre ellos, terapia genética, selección del sexo, etc²²¹.

Probablemente el argumento más fuerte en este contexto es que no se pueda dar una definición biológica de la persona: se trata de una categoría cultural, moral y jurídica que no puede quedar vinculada a una descripción biológica que ni siquiera es unánime²²². El término “persona” no proviene de la Biología o la Medicina, por lo que corresponde a otras ciencias o disciplinas definir y darle sentido a dicho concepto, así como las consecuencias que conlleva el otorgar este “status” de persona a un ser humano; el Derecho es una de estas ciencias llamadas a reflexionar sobre dicho término y definirlo.

Desde el punto de vista constitucional, la cuestión fundamental es determinar la posición del preembrión ante la Norma Fundamental. Pero incluso en sistemas constitucionales diferentes suele haber coincidencia en cuanto a la protección de la vida, así como en el reconocimiento de la dignidad de la persona. Sin embargo, cuando se tratan de extraer las consecuencias para el preembrión, las posturas comienzan a diferenciarse de forma muy acusada. Conviene sentar ciertos parámetros que permitan perfilar una posición constitucional propia como ente diferente a la persona y a las cosas,

²²¹ GONZÁLEZ Morán, Luis. “*Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida*”. Dilemas Éticos de la Medicina Actual – 11. Procreación humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, p. 178.

²²² Ídem p. 179.

que no es sujeto de derechos pero tampoco es susceptible de apropiación y patrimonialización²²³.

Un número significativo de sistemas legales no están de acuerdo en atribuirle al embrión el mismo status de una persona titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, hay una aceptación de que la ley debe proveer mecanismos de protección adecuados para la vida humana prenatal y específicamente para la vida del embrión *in vitro*, en la medida en que es una forma de vida humana que podrían dar lugar al nacimiento de un ser humano²²⁴.

En lo relativo al status del embrión y preembrión, diversos países de Europa carecen de legislación en la materia, como es el caso de Bélgica, Grecia, Italia y Luxemburgo; por el contrario países como Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Holanda, Portugal, España, Suecia y el Reino Unido si cuentan con legislación en la materia. Sin embargo, entre una y otra legislación hay conceptos que varían considerablemente. En la ley austriaca, las células capaces de desarrollarse no son denominadas como embriones sino “óvulos inseminados y células desarrolladas a partir de ellas”. La ley alemana define al embrión como “la célula de óvulo humano fertilizado capaz de desarrollarse, desde el momento de la fusión de los pronúcleos²²⁵”. En la legislación española, el preembrión (el grupo de células resultantes de la fecundación del óvulo hasta la implantación y formación de la línea primitiva) es distinguido del término embrión (proceso de formación de órganos) y del feto; cabe mencionar que la legislación española es la única que utiliza el término de preembrión. Finalmente, en la legislación del Reino Unido se define al embrión vivo como “aquel donde la fertilización es completa, incluyendo un huevo en el proceso de fertilización”²²⁶.

²²³ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. p. 130 – 131.

²²⁴ ROMEO –Casabona, Carlos M. “*Ethical, legal and social issues related to cell therapy*”. Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 28, 2008, p.p. 141 – 158.

²²⁵ Núcleo de los Gametos.

²²⁶ SHENFIELD, F., et. al. Op.Cit. p. 1047.

Específicamente analizando el caso del preembrión, uno de los primeros textos legales sobre embriones es la “Recomendación 1046” de 1986, elaborada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, es un documento sobre manipulación genética, el título completo del documento es *Recomendación 1046 sobre la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales*. El documento presenta una indudable ambigüedad y contradicción sobre el estatuto antropológico del embrión. Lo cierto es que no se puede continuar con esta ambigüedad de no definir el estatuto ético y jurídico del embrión, o preembrión en su caso, pues no definiéndolo y, por ende, permitiendo todo, se declara implícitamente que esa “cosa” o “ente” no es nada, no tiene ningún derecho; en esta recomendación no se hace uso del término preembrión²²⁷.

Posteriormente el Parlamento Europeo emite la Recomendación 1100, en febrero de 1989, “sobre el uso de embriones humanos y fetos en la investigación científica”, donde se busca mantener el equilibrio entre la libertad de investigación y el respeto a la dignidad inherente a toda vida. En esta recomendación se intenta una definición de lo que deba considerarse como embrión a los efectos de acordar un determinado tipo de protección, y no se considera necesario el término preembrión²²⁸. Esta Recomendación produce un cambio en cuanto a la investigación científica y médica con embriones y fetos humanos, pues establece que todo tipo de terapia sobre la línea germinal humana queda prohibida.

En los últimos años algunos Estados como Bélgica, España. Finlandia, Grecia, Holanda, Reino Unido y Suecia, han autorizado la investigación con preembriones supernumerarios. Otros países como Alemania, Austria, Dinamarca, Francia, Irlanda, Islandia e Italia, han optado por una prohibición rigurosa al respecto, incluso bajo sanción penal. Pero algunos de estos países han autorizado la importación y uso de células madre embrionarias bajo ciertas

²²⁷ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual*”. Op.Cit. p.p. 2 – 27.

²²⁸ Ídem.

condiciones, como es el caso de Alemania en el 2002 y otros han optado por una moratoria, tal es el caso de Francia en el 2004. A pesar de la legislación, la realidad indica que muchos países no apoyan económicamente la investigación científica con preembriones. A pesar de dicha negativa, en muchos Estados, del gobierno federal de destinar parte del presupuesto a la financiación para la investigación de la FIV, y demás investigación con células madre embrionarias y no embrionarias, dicha investigación ha sido posible gracias a la financiación por parte de entes privados y de universidades; tal fue el caso de Estados Unidos durante el gobierno de George W. Bush.

No es tarea del jurista y/o el legislador definir los diferentes pasos del proceso o método de investigación científico, pero sí le corresponde delimitar lo que es socialmente aceptable y aclarar lo que está prohibido y permitido, infundiendo a la sociedad cierto sentido de seguridad. Por lo que es aconsejable establecer comités científicos y jurídicos integrados por expertos de diversas áreas del saber que busquen fomentar la información y los procedimientos, así como esclarecer las finalidades que persigan con una investigación con células madre embrionarias²²⁹. La instauración de Comités, ya sean nacionales o internacionales, sería un mecanismo valiosísimo que ayudaría a delimitar el status jurídico del preembrión.

Lo ideal sería delimitar el status jurídico del preembrión y dotarlo de un estatuto que tenga principios, reglas y líneas de interpretación claras. El eje de este estatuto no podría ser otro que la dignidad humana, sin perder de vista que para asegurarla no es necesario sofocar la libertad de investigación científica y sin elevar al preembrión a tal grado que bajo el pretexto de protegerle se imposibilite realizar sobre él incluso actuaciones médicas, de

²²⁹ BRENA Sesma, Ingrid. “*Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México*”. *Panorama sobre la Legislación en Materia del Genoma Humano en América Latina y el Caribe*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2006, p. 315.

investigación y experimentación que incluso son toleradas en individuos ya nacidos²³⁰.

El preembrión no es titular de derechos, pero le alcanza la protección constitucional de la vida y de la dignidad, dado que es un ente dotado de vida y de carácter humano. Sin embargo, las especiales características de los primeros días del desarrollo embrionario hacen que la intensidad de la protección de la vida sea menor que en el embrión y en el feto. Todo parece indicar que la vida humana es objeto de una protección gradualmente creciente, desde la fecundación, que es su inicio, hasta el nacimiento, momento en el que ya se puede hablar de persona y, por tanto, de titularidad de derechos. Dicha protección gradual es el resultado de la ponderación entre la vida y otros valores, principios o derechos igualmente dignos de protección constitucional, como es la libertad de investigación²³¹.

3.4.1 Preembrión: ser humano o propiedad

La comercialización y los derechos de propiedad sobre células troncales embrionarias es un fenómeno actual, sin embargo, el conocimiento de sus características y su potencialidad utilización clínica y experimental, constituyen un patrimonio de la humanidad. A razón de lo mismo, el status legal del preembrión debe ser definido. ¿Es propiedad, un ser humano o ninguna de las dos? De igual manera, la relación entre el preembrión, sus progenitores, la ciencia y el Estado debe ser analizada²³². Siendo así existe una tercera posibilidad que rechaza las dos posturas principales sobre la naturaleza del preembrión, la que dice que los preembriones no son ni cosas ni personas, sino que forman una categoría propia, con una regulación específica en razón de su naturaleza.

²³⁰ GONZÁLEZ De Cancino, Emilssen, Op. Cit. p.p. 115-116.

²³¹ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p. 129.

²³² Ibidem.

La cuestión clave radica en si el preembrión humano, tanto natural como *in vitro*, es sujeto de derechos desde el momento de su fecundación —y, por tanto, portador de la dignidad humana, al igual que cualquier otro ser sea cual sea su desarrollo o edad—, lo que impediría que fuera un objeto destinado a satisfacer los deseos, por muy nobles que sean, de otros seres humanos²³³.

La cultura jurídica contrapone tradicionalmente dos conceptos: a) *persona*, es decir, sujeto e los derechos, identificado con el ser humano, y b) *cosa*, es decir, objeto de los derechos, sujeto a la voluntad de las personas y apropiable. Si se queda uno con este punto de discusión, un preembrión tiene más característica de cosa, que de persona. Esta discusión no se plantea en relación con los gametos, que son clasificados en la categoría de las cosas, como se demuestra en el caso inglés de *Diane Blood* (1997). A favor de su clasificación como personas se dice que tienen esta consideración jurídica porque aunque ahora no lo son, lo serán (tienen el potencial). Se aplica en este caso la teoría de las fases de gestación (continuidad), que fue introducida por el Tribunal Supremo americano en el caso *Roe vs. Wade* (1975) y que fue aceptada también por el Tribunal Constitucional español en la STC 53/1985.

Del análisis del status científico y legal del preembrión se pueden desprender principalmente dos posturas o corrientes:

1. La que considera la existencia de una condición moral gradual del embrión, pues reconoce que si bien es cierto que siempre es merecedor de un especial respeto, hay que tener en cuenta que en su desarrollo pueden reconocerse etapas cualitativamente diferentes para su constitución como ser humano. Por lo que en base al desarrollo del embrión, variará el tipo de respeto que merece, así como el grado de protección legal del que es acreedor. Es esencialmente dentro de esta

²³³ CORRAL García, Eduardo. “*El lenguaje bioético de la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos*” Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013, p.241.

postura dónde se suele hacer la distinción entre el embrión²³⁴ y el preembrión²³⁵.

2. La otra postura se desprende del status legal, y se alinea más con el pensamiento utilitarista anglosajón, pues admite tácitamente la cosificación del ser humano. Sostiene que el embrión no cuenta con una categoría moral específica y por ende debería tratarse como un producto propiedad de los progenitores respecto del que estos últimos tuvieran absoluta libertad para decidir su destino. Aquí se considera que el preembrión humano no tiene mayor valor que un animal no humano.

Intentar cosificar al preembrión y su uso en la investigación científica sin más límite que el que impone el moderno derecho civil con relación con los derechos reales, supone en realidad pasar por alto la naturaleza humana del preembrión. El criterio de percibir al preembrión como un ente sujeto a propiedad se ha desarrollado en realidad con el fin de aumentar los derechos de los progenitores y de la ciencia frente a la libertad de investigación científica. Las decisiones de los progenitores sobre el preembrión estarán por encima de la del médico, científico, centro de fertilidad, u otro tercero, de acuerdo a los precedentes establecidos en Estados Unidos²³⁶.

Ahora bien, por definición, el enfoque de propiedad define al preembrión como una cosa sujeta a propiedad. La propiedad es un derecho de dominio, un derecho a poseer, usar o disponer de algo de acuerdo a su conveniencia. Si el preembrión es considerado propiedad, estaría sujeto a los mismos principios que los bienes inanimados, los animales domésticos y demás bienes intangibles²³⁷. Otro argumento, en esta misma línea, es que en la investigación preembrionaria, además del interés científico, existe un fuerte interés

²³⁴ Etapa que abarca desde la aparición de la línea germinal hasta unos dos meses y medio más

²³⁵ Grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero y aparece la línea primitiva o germinal.

²³⁶ York v. Davis, No. 10. 1989 Risa Adler York y Steven York interponen una demanda en la corte federal para conseguir trasladar sus preembriones de Virginia a un centro en California. Demando verificada y presentada en 10 de Mayo de 1989.

²³⁷ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

económico de las empresas biotecnológicas. Éstas esperan obtener ganancias en base a sus inversiones mediante la explotación de sus resultados, algunos ejemplos son la comercialización de las líneas celulares, las patentes sobre algunos descubrimientos, etc.

Sin embargo, el derecho de propiedad no parece proporcionar o aportar doctrinas apropiadas bajo las cuales regir el status del preembrión. A pesar de esto, hay quienes argumentan a favor de un enfoque de “cuasi – propiedad”, que permitiría a los individuos tratar las partes de su propio cuerpo como propiedad (incluidos los embriones extracorporales), pero prevendría que otros lo hicieran. Así, este enfoque serviría de protección contra la apariencia de que las personas son mercancías y evitar que se conviertan en meros objetos²³⁸.

El enfoque de propiedad o cuasi–propiedad debe limitarse para que el preembrión no se convierta en algo ordinario o en un mero objeto. Las ideas pueden ser muy poderosas, por lo que una vez que el preembrión sea definido como un tipo de propiedad, será difícil evitar el derecho de propiedad y sus implicaciones, inclusive el derecho de comercio. Pero el derecho de propiedad no es la única fuente de la que puede derivar la autoridad de la toma de decisiones de los progenitores, el derecho constitucional apoya completamente la autoridad de los progenitores en la toma de sus decisiones²³⁹, a la vez que contempla la libertad de investigación, por lo que se podría también plantear la posibilidad de que los centros de investigación sean propietarios de preembriones creados expresamente para la investigación.

Pero si, por el contrario, se considera que el preembrión es un ser humano por naturaleza, entonces tiene derecho a ser respetado. Sin embargo, simplemente no se ha desarrollado al punto donde se puede considerar parte del cuerpo político como un individuo dotado de autonomía²⁴⁰, una persona.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ CORRAL García, Eduardo. Op. Cit. p. 241; MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

²⁴⁰ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 308 – 309.

Pero dejando a un lado el principio de autonomía, cabe enfocarse en el concepto de personalidad. Para muchos, la moralidad –y legalidad- del aborto depende en lo que se entiende o lo que constituye una “persona”, y si una “persona” se constituye como tal en la concepción, la implantación, viabilidad, el nacimiento, o quizás más tarde cuando las capacidades de pensar, sentir y relacionarse socialmente se desarrollan. Hay dos argumentos oficiales en relación con la personalidad *ab initio* del preembrión: el negativo, la falta de un desarrollo subsecuente significativo para indicar un cambio cualitativo. Y el argumento positivo, el de la unicidad genética²⁴¹.

La incertidumbre con respecto al hecho de que si se trata con un individuo humano no es una duda abstracta, en relación a una teoría, a un principio, o a una posición doctrinal (*dubium iuris*); es una duda acerca de un hecho concerniente a la vida de un ser humano, aquí y ahora (*dubium facti*). Como tal, crea las mismas obligaciones, por lo tanto en el caso de duda acerca de la personalidad del preembrión, dado que sin duda se convertirá en una persona, resulta necesario permitir que se convierta en la persona que ya es. Esto es una obligación no sólo jurídica sino moral²⁴².

Otro argumento más a favor de la personalidad del preembrión consiste en que cuando la investigación involucra a sujetos humanos, tal investigación puede proceder sólo con el consentimiento informado del sujeto sometido a la investigación. Este principio es fundamental tanto en ética como en derecho. Si el sujeto es un preembrión, el consentimiento de los progenitores es un requisito *sine qua non*. Es por esto, entre otras razones, que el preembrión es un ente humano con un status único, pero queda por establecer si en base a esto se puede y debe imponer un límite especial a la investigación con preembriones²⁴³, por tratarse de un individuo humano.

²⁴¹ MCCORMICK, Richard. Op.Cit. p. 11.

²⁴² SHEA B., John. Op.Cit.

²⁴³ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

El preembrión puede tener una identidad genética única pero carece de un conjunto más elaborado de las características que se asocian con las personas. Aún si los enfoques del preembrión como persona o propiedad son abandonados, se le puede otorgar al preembrión algún status legal; el problema radicaré en qué status se le debe dar y porqué. En el caso particular del preembrión quizás convenga un enfoque *sui generis* en estos aspectos fundamentales.

Lo cierto es que estas dos posturas opuestas no son las únicas, es posible identificar posiciones intermedias, que sostienen que el preembrión no es una cosa, y debe de tener una protección mayor que la que se le otorga los demás tejidos humanos por el potencial que tiene para convertirse en una persona. Este ente biológico requiere un estatuto jurídico propio, pues constituye un bien jurídicamente protegido, lo cual conlleva el reconocimiento de una situación peculiar, a medio camino entre la persona plena y las cosas.

Un enfoque *sui generis*, basado en la naturaleza biológica única del preembrión y dando al preembrión un status legal único, es lo que es quizás lo más adecuado. Este enfoque es importante como una expresión de valores y de común acuerdo a través de la cual la sociedad se define y es definida. Esta perspectiva sirve como una función dinámica en el análisis legal puesto que demandará que las políticas sobre el preembrión sean informadas, y librar las políticas de las líneas principales que no parecen apropiadas al borde de la vida²⁴⁴.

Se tiene que perfilar una posición constitucional del preembrión como ente diferente a la persona y a las cosas, que no es sujeto de derechos pero tampoco es susceptible de apropiación y patrimonialización, en el que acaba de comenzar la vida humana, y en el que se manifiesta la dignidad de la persona y del género humano, aunque estos valores habrán de ponderarse, en cada

²⁴⁴ Ibidem.

caso, con la protección de otros²⁴⁵. Esto es, para definir el status legal del preembrión, se debe mirar más allá de los conceptos familiares de “propiedad” y de “persona” y explicar el fenómeno del desarrollo humano. No se puede dejar de argumentar que el preembrión no debería ser definido ni como propiedad ni como persona. El preembrión debe ser considerado con un status *sui generis* que lo haga merecedor de un profundo respeto. Pero, aun así, hay que reconocer que, a pesar de los muchos debates, actualmente, el status legal del preembrión en la investigación científica permanece incierto²⁴⁶, pues resulta imposible legislar sobre un concepto biológico en el que no se encuentra consenso dentro del mismo ámbito científico, pues no corresponde al Derecho el definir un término puramente biomédico.

En realidad, el término “preembrión” es un término más bien usado en la doctrina legal más que científica, el poco uso del término preembrión no es simplemente el reflejo de que los científicos tienen más aprecio por otros términos sino algo más profundo; en el fondo, el nombre que se le dan a las cosas determina después qué es lo que se regula sobre ellas.

²⁴⁵ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 131.

²⁴⁶ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

CAPÍTULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PREEMBRIÓN

CAPÍTULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PREEMBRIÓN

1. Fundamentos Constitucionales en torno a la Bioética.

El origen histórico del constitucionalismo se sitúa en los inicios de la Edad Contemporánea al asentarse los principios de separación de poderes y derechos humanos²⁴⁷ (Estado de Derecho). El desarrollo del propio constitucionalismo ha permitido, manteniendo los principios originarios, incorporar nuevos valores como el principio democrático, e incrementar el catálogo de los derechos fundamentales. De esta manera, a los principios de separación y limitación del poder, así como democracia, hay que añadir un amplio y actualizado catálogo de derechos, sustentado en los pilares de dignidad de la persona, libertad e igualdad, entendidos en un sentido material que supera antiguas concepciones formalistas²⁴⁸.

²⁴⁷ Romeo Casabona define a los Derechos Humanos como: conjunto de facultades que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (*soft law*) y que, en cierto número de Estados, forman parte también de los derechos fundamentales, que serían, “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. ROMEO Casabona, Carlos María. “*La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*”. Op. Cit. p. 290. En otro sentido, los derechos humanos serían simplemente una nueva versión de los derechos naturales: son universales no porque así se ha declarado y aceptado por una Asamblea humana representativa de todas las personas, sino porque simplemente reconocen algunas de las características básicas de la supuesta “naturaleza humana” común a todas las personas. En MORI, Maurizio y NERI, Demetrio. Op. Cit. p. 327. Por otro lado, los derechos fundamentales cuentan con dos notas características: en primer lugar son artilugios artificiales, es decir, que han sido creados por el mismo hombre; y en segundo lugar, estas herramientas se han puesto al servicio del hombre para superar su propia naturaleza, es un mecanismo mediante el cual el hombre se defiende de sí mismo. En GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p. 158.

²⁴⁸ Hay que comenzar por definir el concepto de constitucionalismo, constitucionalismo, como la técnica de sujeción integral del poder político al Derecho, no suele ser un proceso que comience a funcionar de pronto en una comunidad sino que se confunde con la historia de la

El avance jurídico, que resulta un requisito *sine qua non* para el progreso del hombre en sociedad, lo representa la constitucionalización de los derechos fundamentales. Dicho proceso de constitucionalización, el sometimiento del Estado a esta norma fundamental y el sometimiento de la propia Ley a la norma constitucional, encarna la superación de la creencia del imperio de la Ley. Queda claro que por encima del imperio de la Ley está el imperio de la Constitución²⁴⁹.

Hay una relación muy antigua entre los procesos constitucionales y los fenómenos de naturaleza clínica. Suele aceptarse que el proceso de desarrollo de las instituciones constitucionales se inicia a partir de la Carta Magna británica, de 1215; ese proceso, sin embargo, sufrió un serio retroceso a partir de las epidemias que afectaron a Inglaterra y a toda Europa a lo largo de la Edad Media, y que generaron profundos desajustes sociales, jurídicos y culturales. Se calcula que entre 1347 y 1350 hubo alrededor de veinte millones de muertos, que representaron entre el 30 y el 50% de la población europea; de haber sido así, se trataría del mayor desastre biomédico de la historia. En el caso de la población inglesa, su recuperación sólo fue posible hasta mediar el siglo XVIII. La mortandad generada por las epidemias redujo la población, produjo una mayor concentración de la propiedad, incluida la que estaba en manos de la Iglesia católica, afectó el empleo, modificó el régimen sucesorio, alteró la relación entre el poder temporal y el poder espiritual, estimuló la superstición y contribuyó al aumento del poder político monárquico y feudal²⁵⁰.

Las funciones del Derecho Constitucional consisten precisamente en identificar los valores implicados en cada caso concreto, en cada situación conflictiva. Los siglos XX y XXI se han caracterizado por el rápido desarrollo y

misma comunidad, es largo el recorrido en el cual la culminación de una Constitución escrita representa una de sus etapas, no es el comienzo, ni el final. En NÚÑEZ, Manuel A. "Una introducción al Constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional". Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, No. 1, 2004, p.p. 116-117 y DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p. 212.

²⁴⁹ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p. 99.

²⁵⁰ VALADÉS, Diego. Op. Cit. p. 393.

eficacia de los medios, pero al mismo tiempo por una confusión de los fines. La preocupación más grande en las últimas décadas gira en torno a establecer todos los mecanismos jurídicos y políticos posibles para garantizar el respeto de esos derechos fundamentales, libertades y valores, y ha llevado a constitucionalizarlos, es decir, a convertirlos en preceptos del máximo rango normativo²⁵¹.

Los ordenamientos jurídicos y, particularmente, los sistemas constitucionales tienen que asumir algunas tareas de cara a la consecución de ciertos objetivos que se han visto en la necesidad de plantearse para hacer frente a los cambios que imponen los avances científicos y con la finalidad de asegurar a la sociedad la preservación de ciertos valores que considera indispensables, tales objetivos serían:

- Preservar ante todo la dignidad humana, entendida no sólo como derecho subjetivo del individuo sino también en su dimensión axiológica que afecta a toda la Humanidad. Perfilar e intentar delimitar este concepto, así como su significado, aplicando las consecuencias oportunas del mismo en el campo de las prácticas biomédicas y en el del desarrollo y aplicación de las investigaciones en materia genética.
- Proteger la vida humana allí donde se encuentre, como un bien constitucionalmente reconocido y garantizado. Definir este concepto y precisar el momento de su origen y el de su protección jurídico-constitucional, así como los momentos en los que éste alcanza una especial intensidad.
- Como consecuencia de los dos objetivos anteriores, resulta necesario revisar y considerar redefinir el concepto de persona y sus consecuencias jurídicas.
- Finalmente, los sistemas constitucionales deben tener presente la libertad de investigación científica y por ende deben promover el

²⁵¹ ROMEO Casabona, Carlos María. “*La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*”. Op. Cit. p.p. 284 – 290.

desarrollo de la Ciencia y de la Medicina como instrumentos para mejorar las condiciones de vida de las personas²⁵².

La introducción del bioderecho en el sistema jurídico ha ocasionado un rompimiento de los modelos clásicos de concepción del Derecho²⁵³. Las viejas nociones constitucionales no bastan para explicar y regular las transformaciones en el pensamiento y actuar de las sociedades posmodernas que ha implicado los adelantos de la biomedicina. Resulta incuestionable que las decisiones tomadas en materia de bioderecho y del status del preembrión pueden suscitar conflictos entre principios y valores²⁵⁴ constitucionales, particularmente entre los que corresponden a la libertad de investigación, al derecho a la vida y a la dignidad de las personas, por sólo mencionar algunos. Uno de los mayores problemas que estos temas plantean para la hermenéutica constitucional es el del conflicto de principios. Es verdad que existen reglas para superar los conflictos entre normas -jerarquía, temporalidad, especialidad, etcétera-, pero en el caso particular de los principios no aplican dichas reglas de solución generalmente aceptadas, esto debido a que entre ellos no hay prioridad jerárquica. Lo que es innegable es que los legisladores y los jueces tiene la obligación de estar muy familiarizados con esta materia, pues sino se corre el riesgo de que se genere una confusión excesiva en la producción y en la aplicación de las normas que regulen los trabajos de investigación científica²⁵⁵.

Pedro de Vega habla de un *Derecho Constitucional de situación* cuando resulta obvio que la confrontación entre norma y realidad adquiere proporciones distintas, y ofrece significados diversos, según los grados de

²⁵² DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución .Op. Cit. p.p. 19-20.

²⁵³ NIETO Castillo, Santiago. Op. Cit. p. 115.

²⁵⁴ Para Díaz Revorio, el término “valores” hace referencia a los grandes fundamentos axiológicos del sistema constitucional, reservando la palabra “principios” para aquellos conceptos que, aun no teniendo en esencia una naturaleza diferente, son más específicos, o suponen en definitiva el desarrollo de esos grandes valores fundamentales. En DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 32.

²⁵⁵ VALADÉS, Diego. Op. Cit. p. 400.

madurez histórica y de conciencia democrática de los diferentes países. Por lo que conviene someter el tratamiento de la teoría constitucional a la lógica de la situación concreta históricamente dada en cada país. Lo cierto es que las Constituciones dejan de ser un mero conjunto de principios orientadores de la vida pública, como sucedía en el siglo XIX, y se convierten en un verdadero sistema de preceptos con fuerza jurídica vinculante²⁵⁶.

La Constitución se constituye como un instrumento fundamentalmente nacional, cuya fuerza como norma superior emana de un pacto inicial y continuado de un pueblo que va evolucionando de forma orgánica a lo largo del tiempo, en respuesta a las apreciaciones nacionales, a las necesidades de la sociedad nacional y a los valores de esa misma sociedad²⁵⁷. La Constitución es la Norma suprema, la Ley Fundamental, de un Estado, y es precisamente este carácter el que le obliga a incluir los valores y principios fundamentales que el pueblo soberano, actuando a través Poder Constituyente, decide darse a sí mismo, impidiendo su modificación por parte del Poder Legislativo, que será el representante “ordinario” de esa soberanía²⁵⁸; y es este carácter lo que hace que la Constitución requiera de cierta estabilidad. Pero, a pesar de esto, resulta necesario adaptar la Constitución a los avances científicos actuales, manteniendo los valores esenciales pero a la vez desarrollando los principios y los derechos enunciados en los preceptos constitucionales. Efectivamente la Constitución tiene que adaptarse si pretende hacer frente a los acelerados cambios científicos y tecnológicos, a la par que sociales, culturales y económicos. La protección constitucional de estos valores y derechos ya existe, pero en ocasiones no se ha tenido en cuenta expresamente algunas de las dimensiones que se derivan de las amenazas y peligros que hasta el momento resultaban inexistentes o desapercibidos²⁵⁹.

²⁵⁶ DE VEGA García, Pedro. “*Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*”. Revista de Estudios Políticos, No. 100, 1998, p.p. 29- 30.

²⁵⁷ SERNA de la Garza, José María. “*Globalización y Derecho Constitucional Comparado*”. Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación, Porrúa, México, 2010, p. 72.

²⁵⁸ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 15.

²⁵⁹ Ídem p. 213.

Un Derecho Constitucional en el tiempo, que se hace y se deshace en el conjunto de tensiones que se desencadenan en la sociedad, y que se configura como un *law in public action*, rompe con el absolutismo del normativismo clásico. Así, frente a la idea de una Constitución reducida a un conjunto de normas, y entendida como un cuerpo estático, surgirá la idea de *Constitución abierta*, como una obra no concluida y acabada. La contracara sería que la Constitución perderá entonces su carácter de norma fija e inmutable para percibirse como un proceso de realización en el tiempo, sujeto a alteraciones y modificaciones continuas basadas en el crecimiento y las necesidades de una sociedad siempre cambiante²⁶⁰. En otras palabras, la evolución del Estado constitucional no tiene rupturas, sino que consiste en un proceso continuo en el que, sin abandonarse nunca los principios esenciales, éstos fueron desarrollados y enriquecidos con otros nuevos, permitiendo así que el Estado se adaptase a las cambiantes circunstancias²⁶¹.

Por otro lado, los valores fundamentales que están presentes en el concepto de Constitución siguen teniendo validez, es decir, la vigencia actual de los valores propios del constitucionalismo no se cuestiona en ningún momento, pero se requiere una triple labor de gran importancia. Por un lado, la superación de las fronteras geográficas estatales a las que la Constitución se ha vinculado desde sus inicios; por otro lado, se requiere de una reinterpretación de los valores fundamentales que permita adaptarlo para dar cabida a fenómenos que hasta hace poco eran impensables. Y, por último, es necesario incluir, ya sea por la vía de la reforma o por la vía interpretativa y jurisprudencial, según los casos, algunos “nuevos derechos” o “nuevos principios” que sean más específicos derivados de los valores. El nuevo constitucionalismo ahora puede, y debe, aspirar a mantener su protagonismo en el contexto global y a ofrecer respuestas jurídicas esenciales a los retos planteados²⁶².

²⁶⁰ DE VEGA García, Pedro. Op. Cit. p. 50.

²⁶¹ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. 27.

²⁶² Ídem p. 212.

La cuestión de las garantías de los derechos constitucionales aparece estrechamente vinculada con cada sistema constitucional específico, de modo que resulta difícil realizar consideraciones de alcance general sobre este tema. Cada Constitución o Ley Fundamental establece las garantías concretas de los derechos que reconoce y, en algunos casos, distingue entre diferentes grupos o bloques de derechos. Lo que queda claro es la necesidad de sentar la base para la construcción de un “Derecho Constitucional Supranacional” o, al menos, para el establecimiento de un sistema de valores comunes y tendencialmente universales. Hay que tener en mente que en el mundo globalizado, las respuestas constitucionales vinculadas aún con el Estado nacional van a resultar ser insuficientes e inútiles.

Innegable es el hecho de que la globalización, se manifiesta en dimensiones y aspectos muy diversos de la realidad social, entre los que cabe mencionar , los siguientes: a) dimensión económica; b) dimensión humana y social; c) dimensión científica, puesto que hoy la Biología, la Medicina y la Genética son las disciplinas científicas que han y están revolucionando la propia concepción que se tiene del ser humano; d) dimensión tecnológica, puesto que a través de ella se desarrollan y aplican todos los conocimientos que aporta la ciencia; e) dimensión cultural y axiológica; f) dimensión política; y g) dimensión constitucional, debido a que se hace necesario la plasmación efectiva y la garantía de los principios, valores y derechos que se constituyen como esenciales para el constitucionalismo (separación de poderes, derechos fundamentales, democracia, etc) en el plano mundial, tarea que de manera incompleta, fragmentaria y con escasas garantías logran desempeñar los textos internacionales, en particular los relativos a los derechos fundamentales en el área de Bioética²⁶³.

Las Constituciones pueden, y deben, adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales, económicas y científicas, con el fin de ofrecer respuestas a los nuevos retos que plantea la misma ciencia. Estas respuestas

²⁶³ Ídem p.p. 16-18.

muchas veces llegan en la forma de “nuevos derechos” no escritos o en la de nuevas dimensiones de los derechos constitucionales ya reconocidos. En la mayoría de los casos se está frente a la hipótesis en la que amenazas o peligros antes inimaginables para los valores constitucionales descubren nuevas dimensiones de los mismos, que hasta ese momento eran imperceptibles e inapreciadas, o que exigen formas revolucionarias de protección de dichos valores o principios.²⁶⁴ El problema, hoy en día, radica en identificar cuáles son los valores y derechos aplicables a los nuevos avances científicos, en particular, en materia genética, y más concretamente, a la hora de definir el polémico status del preembrión.

Definitivamente, el origen de las respuestas que deben darse a los retos y problemas que en los tiempos recientes plantean los avances biomédicos y en materia de genética, puede encontrarse en los valores constitucionales fundamentales (dignidad, vida, libertad, igualdad²⁶⁵), aunque los mismos deben ser desarrollados para establecer las soluciones de forma más específica. El Derecho tiene como finalidad ofrecer una respuesta a las variadas situaciones fácticas, de modo que la estructura normativa suele fijar un supuesto de hecho y vincular con el mismo determinadas consecuencias jurídicas; en cambio, la Constitución tiene por misión reconocer los derechos de los ciudadanos, establecer la estructura de los poderes del Estado y fijar los procedimientos, márgenes y límites a la actuación de todos ellos. La Constitución no tiene como misión ofrecer una respuesta o consecuencia jurídica a ciertos supuestos fácticos, sino establecer derechos, límites y mandatos de actuación a ciudadanos y poderes públicos²⁶⁶. Lo cierto es que la “textura” de la

²⁶⁴ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. “*La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación*”. Revista de Derechos Político, No. 71-72, enero-agosto 2008, p. 88.

²⁶⁵ En realidad, de todos los valores y/o derechos que se analizarán a lo largo del presente trabajo la igualdad es el que tiene una menor incidencia en el ámbito de los avances científicos, aunque su presencia resulta obligatoria en todo problema vinculado con los derechos fundamentales, pues ésta se relaciona con todos los derechos y, por tanto, también con los “nuevos derechos” que puedan reconocerse en este ámbito. En DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit., p.p. 70 y 115.

²⁶⁶ Ídem p.p. 67 – 68.

Constitución es mucho más abierta que la de otras normas, lo que hace que la diferencia sea más bien cualitativa. La Constitución es “fragmentaria y fraccionada”, debido a la utilización de preceptos abiertos y “*fórmulas y compromisos que son precisamente expresión de la falta de acuerdo y que protegen la decisión*”; esta formación fragmentaria y fraccionaria de la Constitución conlleva a un carácter abierto de los valores constitucionales, y esta apertura parece ser intencionada pues tiene como intención permitir el consenso como la apertura del texto constitucional a las nuevas situaciones o cambios²⁶⁷.

Se ha puesto de manifiesto cómo los problemas del bioderecho y el derecho constitucional en general, y de la genética en particular, están relacionados, de manera íntima y necesaria con el principio de la dignidad del ser humano y la protección de la vida humana en todas las etapas de su desarrollo, la libertad de investigación científica, el respeto a la integridad física y moral y a la identidad del individuo, a la libertad e igualdad, la prohibición de efectuar aplicaciones contrarias a los valores fundamentales de la humanidad; el acceso equitativo a los beneficios derivados de las ciencias biomédicas; el respeto a la autonomía de las personas sometidas a tratamiento médico, que incluye las pruebas genéticas y el asesoramiento y la confidencialidad de los datos genéticos; el derecho a la salud²⁶⁸. Evidentemente, siendo varios los valores y derechos que entran en juego en el presente escenario, hay que tener presente la posibilidad de contradicciones y conflictos entre ellos. Así se nacen algunos de los problemas nucleares del Derecho Constitucional²⁶⁹.

²⁶⁷ BÖCKENFÖRDE, E. W. “*Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica*”. En *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1993, p. 17.

²⁶⁸ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p.p. 113 – 114.

²⁶⁹ Díaz Revorio sostiene la tesis según la cual suscribo la tesis según la cual los valores y los derechos actúan como principios y, por tanto, no se aplican en forma de todo o nada, sino que admiten diversos grados o intensidades a la hora de su aplicación. Esta característica permite que los conflictos entre ellos puedan resolverse, en cada caso, no mediante la jerarquización, ni mediante los criterios que suelen utilizarse para resolver los conflictos entre reglas (prevalencia de la posterior sobre la anterior, de la especial sobre la general, etc.), sino mediante la ponderación, que no se traduce en una preferencia absoluta o incondicionada de uno de ellos sino la búsqueda del mayor grado de realización práctica de todos ellos, dentro de un criterio de unidad del ordenamiento constitucional. En DÍAZ Revorio, *Los Derechos Humanos antes los*

Con lo anterior se pretende demostrar que las llamadas cuestiones biojurídicas se encuentran dentro de los llamados Derechos Humanos, cuya constitucionalización como derechos fundamentales ha seguido un intenso y continuo proceso, por influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De esta manera, las constituciones democráticas han ido recogiendo en sus textos los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento había sido un logro, primero de las revoluciones liberales y posteriormente de las sociales²⁷⁰. Es así como el mismo carácter histórico de los valores constitucionales obliga a considerar su catálogo como un catálogo siempre abierto a la modificación o a la incorporación de otros nuevos y a rechazar cualquier intento de petrificar ese elenco axiológico²⁷¹.

Sin embargo, aun admitiendo que las Constituciones en general han reconocido y garantizado la protección de los derechos fundamentales, se debe entender que esto no implica de ninguna manera, que se haya producido una constitucionalización de la bioética; las cuestiones relacionadas con la biojurídica son ya alcanzadas, aunque sin referencia expresa a la genética y a la bioética, por la normativa constitucional; de hecho, existe un reconocimiento de los grandes principios y derechos, formulados en abstracto, pero lo cierto es que los textos constitucionales carecen de un tratamiento directo y sistemático de los temas básicos bioéticos.

Como explica Romeo Casabona, puede ser calificado como una insuficiencia constitucional ante el desarrollo de las ciencias biomédicas, aunque no es aventurado afirmar que, debido al empuje y fuerza que han adquirido estos temas en los últimos años, llevarán a su tratamiento constitucional en un día no muy lejano, y así la bioética se irá introduciendo, de

nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p.109-110.

²⁷⁰ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p.p. 113 – 114.

²⁷¹ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. “*La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación*”. Op. Cit. p. 90.

forma pausada y progresiva, en la normativa constitucional; por lo que es una materia que necesariamente pasará a formar parte de la Constitución²⁷². En el mismo sentido, sostiene que en relación con las Ciencias Biomédicas se verían afectadas varias de las generaciones de derechos humanos, incluso se estaría dando lugar al nacimiento de una nueva generación, esta vez vinculada con las aportaciones más recientes de las ciencias y las tecnologías, en particular de la genética y las biotecnologías. Esta tarea ha de partir de varios presupuestos: el primero, de la realidad que pretende ser objeto de análisis jurídico, esto es, de los datos biológicos, los descubrimientos y sus posibles aplicaciones, tanto actuales como razonablemente realizables en un futuro más o menor próximo. El segundo, presupuesto consiste en tener en cuenta las valoraciones aportadas en el debate ético que ha generado la cuestión, si no se quiere correr el riesgo de que el Derecho sea ciego. Por último, hay que tener en cuenta las construcciones, sobre todo en Derecho Internacional, pero que van emergiendo también en Derecho Constitucional, desde el prisma de los derechos humanos y de otros principios y valores que pueden guardar relación con las Ciencias Biomédicas en general²⁷³. Pero la necesidad de ofrecer respuestas arraigadas en el Derecho Constitucional, con su serie de valores y derechos “clásicos”, a acontecimientos novedosos requerirán de un continuo desarrollo y actualización.

El Derecho Constitucional, es, hoy por hoy, el supremo Derecho positivo, de forma que todas las ramas jurídicas se encuentran, en principio, sometidas al Derecho Constitucional. Hasta tal punto esto es así que los principios fundamentales de todas ellas se encuentran en la Constitución y son por tanto también Derecho Constitucional. Por otro lado no se puede ignorar el hecho de que el Derecho Internacional está adquiriendo el carácter de nuevo Derecho supremo, por encima incluso de la legalidad constitucional de los Estados. El Derecho Constitucional es lo único que tienen en común todos los demás Derechos. El Derecho Constitucional es el portador de los elementos más

²⁷² DÍAZ Revorio, Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 152.

²⁷³ ROMEO Casabona, Carlos María. “*La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*”. Op. Cit. p.289.

simples y generales a partir de los cuales se constituyen todos los demás Derechos. Sin el Derechos Constitucional el resto del Derechos resulta ininteligible. No es, en consecuencia, como se suele decir con frecuencia, el punto de partida del Derecho público, sino el punto de partida de todo el Derecho, tanto del público como del privado²⁷⁴.

Indudablemente, constituyen una novedad del constitucionalismo contemporáneo los incipientes ejemplos existentes sobre el reconocimiento de la biomedicina, la genética y las biotecnologías. Por lo demás, este proceso, que en sus inicios ha sido más bien lento, es lógico: si los derechos humanos relacionados con estas materias se han asentado en el Derecho Internacional, es razonable que algunos derechos fundamentales tengan cabida en el moderno Derecho Constitucional en la medida en que ofrecen nuevas perspectivas para la protección de los ciudadanos. En este sentido, no cabe duda de la influencia que está ejerciendo el Derecho Internacional –y con toda seguridad continuará haciéndolo en el futuro- sobre este Derecho Constitucional de la Bioética²⁷⁵.

Constituciones, instrumentos internacionales y demás leyes reconocen derechos que parecen contradecirse en muchos casos, la única solución parece ser sacrificar total o parcialmente un derecho en aras del otro que resulte más importante. La fórmula más razonable de solucionar un conflicto de derechos en el que se ven involucrados la libertad de investigación, la vida, la integridad, la intimidad y en la medida en que no puede atenderse a todos en su máxima medida parece que debe ser alguna que tenga presente que la solución justa será aquella que signifique un cálculo de los intereses jurídicos en juego que sacrifique la menor proporción de bienes jurídicos; que promueva mayores bienes jurídicos a costa de sacrificarlos en menor medida. Pues bien, en lo que se refiere a las posibles interferencias entre a libertad de investigación y otros derechos humanos que pudieran verse afectados

²⁷⁴ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. Op. Cit. p. 219.

²⁷⁵ ROMEO Casabona, Carlos María. “*La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*”. Op. Cit. p.p 291 – 292.

precisamente por esa investigación, al versar sobre material humanos deberían tenerse en cuenta los riesgos reales de que tal vulneración vaya a producirse. La libertad de investigación es un valor cultural de primer orden y un derecho humano básico, pero esta libertad, al igual que todos los demás derechos de libertad, está limitada por los bienes o valores de mayor jerarquía, que son sometidos a un riesgo probable por el ejercicio de dicha actividad investigadora.

El reconocimiento constitucional del principio de la dignidad humana, del derecho y garantía de defensa de la vida humana, de derecho a la integridad física y moral de la persona (en todas sus etapas de desarrollo), a la igualdad, a la libertad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de investigación, derecho a la protección de los datos genéticos personales, el derecho a no ser discriminado a causa de las características genética, entre otros, no constituye ni proporciona una normativa sistemática y específica de la bioética ni del bioderecho (cuya elaboración y producción no es, en principio, una tarea constitucional), sino que proporciona el marco de principios, valores y derechos a partir de los cuales el legislador ordinario habrá de elaborar un bioderecho sólido con fundamento constitucional²⁷⁶.

Ante estos avances muchos han concluido que a falta de respuesta constitucional o legal a estos problemas, las personas pueden actuar libremente, en función del principio general de libertad que la Constitución reconoce. Pero en realidad, el sistema constitucional de valores y principios contiene criterios fundamentales para hacer frente a las nuevas situaciones y dar respuesta a dichos retos, aun cuando en muchos casos estas respuestas no hubieran sido ni remotamente imaginadas en un principio por el poder Constituyente²⁷⁷. Lo importante es no olvidar que el sistema constitucional de valores, que forma parte de la mayoría de las Constituciones, contiene los criterios fundamentales para hacer frente a las nuevas situaciones y dar

²⁷⁶ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p.p. 114 – 116.

²⁷⁷ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. . Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p. 68 – 69.

respuesta a los avances, aun cuando en muchos casos esta respuesta no hubiera sido siquiera imaginada por el Constituyente. Y es que, a pesar de que el Constituyente no pudiera prever de qué manera la realidad cambiaría con el paso del tiempo, comprendía que el cambio era inevitable y que las leyes que había creado, adaptadas a las necesidades del momento, no bastarían en un futuro, por lo que dejó la puerta abierta para enmendar los errores o subsanar las lagunas e insuficiencias de la Constitución.

Por otro lado, los límites vienen a constituir una exigencia de la vida en sociedad y de la realización de los derechos, son una excepción al amparo que brinda la norma fundamental, lo cual se traduce en la negación de protección a una conducta que potencialmente estaría comprendida en la definición de derecho fundamental. Los límites que se establecen a los derechos comprendidos expresamente en la Constitución, y los que se derivan de ella, son impuestos por el legislador con el propósito de proteger otros derechos.

Se podría hablar de dos tipos de límites, los límites directos, corresponden a los que de manera expresa reconocen las normas constitucionales; y los límites indirectos, por otro lado, son los que el constituyente no ha asentado explícitamente, pero que se han de deducir de una interpretación sistemática y de conjunto de la Constitución²⁷⁸. En otras palabras, la limitabilidad se traduce en el hecho de que todo derecho fundamental es limitable o susceptible de limitación, esto quiere decir que no existe una delimitación definitiva de los derechos fundamentales establecida por el constituyente²⁷⁹, lo cual resulta comprensible pues el constituyente no ha podido prever todas las colisiones que pueden derivar del ejercicio de los derechos fundamentales.

Los derechos humanos están llamados a cumplir una función de limitación de la investigación y de los avances biotecnológicos, toda vez que son

²⁷⁸ BRAGUE Camazano, Joaquín. Los límites a los derechos fundamentales. Dykinson, Madrid, 2004, p. 303.

²⁷⁹ PRIETO Sanchís, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. Derecho y Libertades, no. 8, 2000, p. 432.

susceptibles de padecer menoscabo o de ser ignorados y no respetados precisamente por determinadas actuaciones en este ámbito, ya sea en el desarrollo de la propia actividad científica investigadora, ya en la aplicación práctica de los resultados de dichas investigaciones. Por lo tanto en una sociedad pluralista –y constituida en Estado de Derecho–, la pauta de valoración de las nuevas biotecnologías se encuentra en respeto a los derechos humano, desde un punto de vista tanto ético como jurídico.

En los países de honda raigambre romanista, la fuente primordial de producción normativa es la ley, el derecho, en general y la ley, en concreto, son la regla que una comunidad se da a sí misma, expresión de los principios con los que se siente vinculada y de la voluntad social de la comunidad. Por ejemplo, el incremento de las posibilidades de intervención sobre el cuerpo humano que se derivan de la procreación artificial, de las manipulaciones genéticas, de la clonación, experimentación o extracción de órganos podrían conducir mecánicamente a la cosificación de aquel²⁸⁰. Aun así, la existencia de posturas, no sólo legales sino ideológicas, tan diferentes sobre una misma cuestión resulta sorprendente y a la vez preocupante cuando no se llega a un consenso general sobre los derechos y valores en juego. Pero incluso en sistemas constitucionales diferentes suele haber coincidencia en la protección de la vida, así como en el reconocimiento, ya sea explícito o implícito, de la dignidad de la persona. Sin embargo, cuando se tratan de extraer las consecuencias para el preembrión, las posturas comienzan a diferenciarse de forma muy acusada. Es por lo mismo que el principal problema se centra en definir la posición constitucional del preembrión, ya que este tema encarna uno de los principales problemas en la relación entre el Derecho Constitucional y la Biomedicina y la Genética, esto debido a que gran parte de las prácticas en la materia consideran a este ente, así como las células que se derivan de él, poco más que un objeto.

²⁸⁰ GONZÁLEZ Morán, Luis. Op. Cit. p. 167.

Sin embargo, hay quienes consideran que los ejemplos clásicos del control concentrado de la constitucionalidad, de la interpretación estricta, de la división de poderes, del concepto de soberanía o de las garantías individuales poco a poco han ido perdiendo terreno ante los partidarios del control difuso, del modelo garantista de interpretación, de la reformulación de la división de poderes con la incorporación en el constitucionalismo de los órganos supranacionales, de la globalización, de las nuevas relaciones entre órdenes de gobierno y de los derechos fundamentales. El Derecho Genómico y el Bioderecho no se escapan a esta relación de tensión y ruptura entre posmodernidad y tradicionalismo²⁸¹.

En relación con la política del preembrión, requerir determinaciones a nivel nacional, como sugiera McCormick, no debería ser necesario. Muchos temas igualmente importantes y controvertidos ahora mismo se discuten, debaten y solucionan a nivel supranacional, ya no sólo internacional sino comunitario²⁸², como se ha venido haciendo en el espacio europeo. Innegablemente las cuestiones en torno a la investigación con células madre embrionarias, obtenidas de preembriones *in vitro*, ostentan una clara proyección internacional y por ello sería recomendable alcanzar un nivel de generalización de los criterios jurídicos que existen sobre el tema. Por el contrario, una actuación parcial y limitada a este nivel restringiendo la eficacia real de las restricciones a un plano estatal únicamente provoca surgimiento de los así llamados “paraísos genéticos” en los que las investigaciones se llevan a cabo sin ningún tipo de límite legal.

En consecuencia, a pesar de lo anterior, se da un efecto de “mutua alimentación” entre la Bioética y el Derecho Constitucional; sintéticamente, y con todos los matices que se quiera, se puede concluir que el Derecho Constitucional es quien determina los valores fundamentales de la colectividad y les aporta la legitimidad racional y democrática, mientras que la Bioética

²⁸¹ NIETO Castillo, Santiago. Op. Cit. p. 116.

²⁸² ROBERTSON, John. “*What we may do with preembryos: a response to Richard A. McCormick*”. Op. Cit. p. 300.

propone el sentido o significado que debe darse a esos valores, teniendo presentes las aportaciones de las diversas ciencias que conforman su esencial interdisciplinariedad²⁸³. En otras palabras, el Derecho Constitucional y la Bioética mantienen una relación de mutua complementariedad, pues la Constitución aporta a la Bioética los valores que la sociedad ha considerado esenciales en un momento dado.

El derecho, específicamente el derecho constitucional, es un medio transformador que va unido a las cambiantes necesidades de la sociedad, a su cultura, historia y a su tiempo-espacio, por lo que es menester que se adapte a estas circunstancias y las regule, sin que se caiga en un exceso de regulación. Concretamente, para los fines de la presente investigación, serían la vida, la dignidad y la libertad a la investigación científica los grandes pilares sobre los que se asienta el completo sistema de derechos constitucionales y, por ende, la piedra angular de este trabajo, sin embargo también se analizarán los llamados “nuevos derechos” que surgen a raíz de los adelantos en la materia de biomedicina y genética.

2. Dignidad Humana

El concepto de dignidad de la persona encuentra su origen en la sociedad occidental, y constituye el paradigma del protagonismo del valor superior del individuo en la vida colectiva. Sin que por lo general se considere que sea un derecho fundamental²⁸⁴, sino una cualidad inherente al ser humano que se proyecta jurídicamente sobre los concretos derechos fundamentales. El concepto de persona, como centro del universo filosófico-jurídico y la noción de

²⁸³ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. . Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 123.

²⁸⁴ Aunque la Constitución alemana, en su artículo 1º, contempla a la dignidad humana como derecho fundamental.

su dignidad van a caminar inseparablemente, lo cual condicionará el modo de contemplar las implicaciones que en este ámbito va a tener la investigación biotecnológica²⁸⁵.

Gran parte de los actuales debates sociales, políticos y jurídicos, que se llevan a cabo en muchos países y en los organismos internacionales, relacionados a los diversos temas bioéticos son, en gran medida, discusiones que giran en torno al significado y consecuencias prácticas del principio de la dignidad humana²⁸⁶. La relevancia de este principio como límite o barrera contra los potenciales abusos de la biotecnología en el ser humano es de primer orden, al comportar la prohibición de utilizar al ser humano como mero instrumento y no como un fin. Debe profundizarse en el concepto y en el contenido de la dignidad de la persona humana, pues aún pueden ser muy ricas sus aportaciones en el campo de la biotecnología humana, siempre que se utilice con ponderación y con lealtad a su sentido verdadero, teniendo siempre en cuenta, como dice Kaufmann que la dignidad “*es demasiado abstracta y general, además, de que su contenido es cambiante*”²⁸⁷.

El pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo y no puede ser nunca tratado como un mero objeto o medio a la disposición de los fines de otros. Siendo así, toda manipulación genética del embrión humano desde el mismo momento de su concepción que no vaya encaminada a su propio bienestar y beneficio debe estimarse contraria a la dignidad del hombre, base y condición de todos los derechos fundamentales, como es el derecho a ser reconocido siempre como persona, esto es, como un ser de fines²⁸⁸.

²⁸⁵ LACADENA, Juan Ramón. “*Clonación Humana Terapéutica*”. En Revista de Derecho y Genoma Humano, no. 12, 2000.

²⁸⁶ APARISI Miralles, Ángela. “*El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*”. Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013, p.204.

²⁸⁷ KAUFMANN, Arthur. “Filosofía del Derecho”. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 552.

²⁸⁸ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p.p. 179-180.

La dignidad de la persona, que se constituye como el eje personalista sobre el que pivotan y se modulan los derechos humanos, también puede verse afectada en relación con el desarrollo de las modernas biotecnologías. Sin embargo, la cuestión que suscita mayor interés y presenta al mismo tiempo mayor complejidad consiste en si es posible deducir nuevos bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, pero en todo caso lo suficientemente relevantes y al mismo tiempo concretos como para que pueda apelarse a los instrumentos jurídicos penales, siempre como *ultima ratio*, para su protección²⁸⁹.

Constituye un verdadero principio ético – jurídico, en cuanto a que plasma una realidad esencial, el igual valor que todo ser humano tiene en sí mismo, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado. Se distingue así de los principios técnico – jurídicos, que se apoyan en razones de oportunidad, utilidad o conveniencia. Así, la dignidad humana se constituye como el principio por excelencia, el último fundamento del orden social, moral y jurídico; por lo que sería un absoluto axiológico que no podría ser ignorado bajo ningún concepto. Dicho término es indicativo de una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano; remite al valor que tiene la persona humana. Del principio de la dignidad humana, y de su continua defensa, depende el destino mismo del hombre²⁹⁰.

Lo cierto es que la dignidad no es considerada un derecho fundamental *per se*, sino que más bien constituye el mismo cimiento de los derechos humanos; tales derechos no se derivan de ninguna atribución de carácter técnico jurídico, sino de la misma dignidad. El principio de la dignidad humana se entiende como el parámetro ético orientador de cualquier normativa jurídica en esta

²⁸⁹ ROMEO Casabona, Carlos M. “*Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología Humanas*”. Op.Cit. p. 13.

²⁹⁰ APARISI, Miralles, Ángela. “*En torno al principio de la dignidad (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)*”. Cuadernos de Bioética, 2ª, 2004, p.p. 260 – 263.

materia. Y, concretamente hablando de preembriones, unos afirman que la dignidad del preembrión exige su no instrumentalización²⁹¹.

El reconocimiento de la dignidad funda los derechos porque es previamente postulado por el afán de vivir con derechos. Si los derechos derivan de la dignidad humana, y ésta es común a todos los seres humanos, los derechos dimanantes de tal dignidad han de ser también comunes. La presencia de la dignidad de la persona como valor constitucional, no sólo centra la pluralidad abierta de valores superiores, sino que aparece como criterio integrador y unificador del sistema de los derechos fundamentales²⁹². Es la dignidad la que fundamenta la existencia de los derechos humanos con sus características de generalidad, universalidad y obligado reconocimiento. Por lo que ¿sin dignidad no hay derechos humanos? O el grado de protección de dichos derechos humanos es proporcional al grado de dignidad que se le concede al preembrión entonces ¿cuántos grados de dignidad existen entonces?

Interesa mencionar la tesis de Díaz Revorio, según la cual la intangibilidad de la dignidad podría implicar un cierto carácter absoluto de la misma, en el sentido de que ésta supondría un tipo de límite último que nunca cedería frente a intrusiones o intromisiones, de tal forma que, en caso de conflicto con otros derechos o valores constitucionales, prevalecería siempre. Sin embargo, dada la incuestionable “fuerza expansiva” de la dignidad y su relación con la mayoría de los derechos, otorgarle un carácter absoluto, o preservarla de la ponderación con otros valores, conllevaría notorias dificultades para resolver

²⁹¹ Argumento basado en la afirmación kantiana que sostiene que el ser personal es un fin en sí mismo, y por ende no puede ser tratado como un simple medio, pues posee un valor absoluto y en consecuencia, dignidad. Por otro lado, Tomás de Aquino, sostiene, en el Libro I de la Suma Teológica, que el término dignidad es algo absoluto, y pertenece a la esencia. La persona no puede ser rebajada a ninguna otra condición.

²⁹² ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. Op. Cit. p. 192.

satisfactoriamente muchos conflictos constitucionales, así como una cierta jerarquización incompatible con la unidad de la Constitución²⁹³.

En lo que atañe al carácter intangible de la dignidad, parecen existir argumentos suficientes para defender que dicha intangibilidad no es aplicable a todas las manifestaciones de este derecho sino solamente a su más estricto núcleo. Existiría, por tanto, una prohibición absoluta de injerencia o afectación a este núcleo de la dignidad humana, y ello implicaría que ese ámbito restringido quedara al margen de la ponderación o, que en la ponderación con otros derechos o valores, ninguno pudiera prevalecer sobre la esencia de la dignidad humana, puesto que ningún valor puede justificar una pérdida de esa condición o característica genuinamente humana que se produciría cuando se dispensa un trato abiertamente lesivo de la misma²⁹⁴.

En realidad, este presupuesto conduce a la disolución del principio de dignidad, al negar lo que dicho principio debe presuponer: la igualdad y la no discriminación entre todos los seres humanos. Dignidad significa también preeminencia, excelencia. Digno es aquello por lo que algo destaca entre otros seres, es aquello que debe ser tratado con respeto, es decir, con miramiento, por su intrínseco valor. Si, hablando del preembrión humano, se niega la igualdad de derechos, equivale a negar la igualdad de “ser” o de “naturaleza” a los seres humanos no nacidos²⁹⁵. Una legítima aspiración de justicia remite a la exigencia de un idéntico respeto a los seres humanos, que se concreta en el igual reconocimiento de los derechos humanos. Al final del día, como señala Aparisi, defender la dignidad humana implica aceptar la igualdad esencial entre los miembros de la especie humana²⁹⁶.

²⁹³ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *“La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación”*. Op. Cit. p. 98.

²⁹⁴ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos*. Op. Cit. p. 111.

²⁹⁵ LEÓN Correa, Francisco Javier. Op.Cit. p.p. 3 – 4.

²⁹⁶ APARISI Miralles, Ángela. *“El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”*. Op. Cit. p.216.

Del reconocimiento de la dignidad se deriva la exigencia ética de no instrumentalización del ser humano y de la no comercialización con sus partes. Por lo que se debe entender como un principio fundamental el de la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés social o económico. Hay que recordar que dignidad significa cualidad de ser fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional. La dignidad de cada individuo humano no puede hacerse depender del carácter incierto de su vida²⁹⁷. Lo que este concepto implica es que *“los seres humanos no deben ser jamás tratados instrumentalmente respecto de los fines y políticas estatales”* y puede exigirse *“una actitud moral de respeto hacia el valor irrepetible de toda vida”*²⁹⁸.

La dignidad de la persona humana por su carácter abierto y omnicomprendivo permite su delimitación en gran medida al ser concretizadas, pero la fijación de los límites constituye uno de los desafíos fundamentales de la justicia constitucional, en la medida que el orden-marco de la dignidad humana debería construir parámetros fijos y otros que quedan abiertos. En el primer caso, para el control de los poderes públicos, y el segundo caso para el control de los poderes privados²⁹⁹. La dignidad es la razón de ser, fin y límite de los mismos.

Al final hay que tener presente que en realidad sólo un núcleo último de la dignidad permanece siempre inmune y cerrado frente a cualquier intervención y violación pero, más allá de esa esfera reducida, las intervenciones pueden ser admisibles si tienen fundamento constitucional, están amparadas en otros valores y derechos, y la ponderación entre éstos y la dignidad permite entender

²⁹⁷ APRISI, Miralles, Ángela. *“En torno al principio de la dignidad (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)”*. Op.Cit. p. 276.

²⁹⁸ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Op. Cit. p. 83.

²⁹⁹ LANDA, César. Op. Cit. p. 124.

como justificado la intervención en el caso concreto³⁰⁰. Naturalmente, esto abre el problema de identificar ese límite último frente a cualquier intervención

El principio de dignidad presupone una cierta igualdad esencial entre los seres humanos, no se puede fundamentar en sólo algunas manifestaciones de la persona, como, por ejemplo, la racionalidad humana, sino que debe encontrar su fundamento central en todo el organismo humano. En otras palabras, el ser humano es digno por sí mismo, y no solo en razón de su conciencia o racionalidad, lo digno no es solo su razón o su capacidad de autodeterminarse moralmente, sino también su naturaleza corporal, con independencia de que realmente desarrolle toda su virtualidad³⁰¹.

Hoy en día la violación de derechos humanos en todos los ámbitos es un hecho fácilmente constatable y, en el campo de las nuevas investigaciones y tecnologías biomédicas, se corre el riesgo de atentados contra la dignidad humana que constituye el fundamento mismo de todos los derechos humanos, es decir, la dignidad de la persona es el principio fundamentador de los derechos humanos y, en consecuencia, concepto central en la cimentación de todo el edificio constitucional.

En base a lo anterior es que no se puede hablar de respeto a la persona si no hay respeto a su naturaleza física, a su dimensión corporal, puesto que la conexión entre dignidad y personalidad³⁰², por lo tanto, hay que recordar que la persona no es un objeto, sino un fin en sí mismo, y nunca podrá ser usado como medio al servicio de terceros sin sacrificar su dignidad, en otras palabras, el concepto de “dignidad de la persona” hace referencia a la cualidad que distingue al ser humano y lo hace único y al mismo tiempo semejante a los

³⁰⁰ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p. 91-92.

³⁰¹ APRISI, Miralles, Ángela. “*En torno al principio de la dignidad (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)*”. Op.Cit. p. 267 – 269.

³⁰² Se le otorga personalidad al sujeto de derecho y derechos y obligaciones, por referencia a todo individuo. Diccionarios Espasa, Madrid, 2001.

demás. Para cualquiera de las numerosas situaciones a las que esta afirmación puede resultar aplicable (por ejemplo, en relación con el derecho a la vida del no nacido, clonación con fines terapéuticos o reproductivos, experimentación con células madre embrionarias, manipulación o selección de embriones, etc.), será necesario insistir, en que la dignidad humana es inviolable, y no pertenece al orden del hacer, del poder o del saber. Pertenece al ser³⁰³.

Es evidente que tanto poderes públicos como otras personas pueden vulnerar y/o violar la dignidad cuando dan a las personas un trato no acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad implica una exigencia inexorable, una obligación negativa, como es la prohibición de utilizar a la persona como medio al servicio de otros fines, de instrumentalizar o “cosificar” al ser humano. Además, los poderes públicos tienen, al igual que sucede respecto de los demás valores constitucionales, la obligación positiva de proteger ese valor, de impedir lesiones del mismo y de adoptar todas aquellas medidas que se consideren necesarias para su preservación³⁰⁴. Siendo así, más allá de cualquier duda sobre el concepto de la dignidad humana, el Estado tiene el derecho y deber de garantizarla, incluso por grave que sea la afectación al orden jurídico o a los demás derechos fundamentales y libertades³⁰⁵.

2.1 Consideraciones Constitucionales

La dignidad, sin lugar a duda, entre los diversos valores y derechos aplicables al presente estudio, el que posee unos perfiles constitucionales más

³⁰³ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. Op. Cit. p. 193.

³⁰⁴ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. “*La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación*”. Op. Cit. p.p. 100-101.

³⁰⁵ LANDA, César. “*Dignidad de la Persona Humana*”. En Cuestiones Constitucionales, no. 007. 2002, p. 122.

difusos y ambiguos. Esto debido a que la dignidad de la persona es, en realidad, dignidad humana, y protege al tiempo no sólo aquello que hace a cada persona un ser único e irrepetible, sino también lo que une a todos haciéndoles pertenecer a la misma especie. Y es que la dignidad de la persona es un valor cuya protección no sólo alcanza a cada ser humano a título individual, sino también a la humanidad en su conjunto. Por ello, ciertas prácticas pueden resultar atentatorias contra ese valor, no porque lesionen la dignidad de un concreto ser humano, sino porque sean contradictorias con la dignidad como valor propio, común y exclusivo de nuestra especie, que se predica por igual de todos los miembros pertenecientes a la misma³⁰⁶. La ciencia y el progreso tecnológico deben quedar subordinados al más absoluto respeto de la dignidad humana como cualidad que debe ser atribuida a la persona desde el mismo momento de la concepción y que por ello ha de ser tutelada a partir de ese instante con toda la amplitud que permite el ordenamiento jurídico. Este principio de respeto al producto de la concepción es consecuencia o deriva de manera inmediata de los valores de la dignidad de la persona y del derecho a la vida, como presupuesto básico de los demás derechos que le son inherentes y que se encuentran positivizados en los modernos textos constitucionales, ya que son precisamente la dignidad y el derecho a la vida los pilares básicos del orden social³⁰⁷.

Las Constituciones han incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico; es decir que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos e instrumentales de interpretación. Esto quiere decir que la dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto³⁰⁸. Desde el momento en que se opta por constitucionalizar la dignidad como característica y atributo inseparable de la persona, los derechos inherentes a la persona en razón de su dignidad, también constitucionalizados, adquieren la condición de derechos fundamentales e inviolables, puesto que sólo a través

³⁰⁶ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p 84-134.

³⁰⁷ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p. 179.

³⁰⁸ LANDA, César. Op. Cit. p.118.

del ejercicio de los mismos es posible la vigencia y el mantenimiento de aquélla, así como el libre desarrollo de la personalidad³⁰⁹. Pero lo cierto es que la inserción de la dignidad en un precepto constitucional la eleva a carácter normativo que en realidad encierra un mandato, un límite último e infranqueable, vinculante para poderes públicos y ciudadanos; finalmente, la proclamación en un artículo de la Norma suprema da a la dignidad rango constitucional. En suma, parece que la dignidad justifica un límite último e infranqueable a ciertas prácticas que resulten manifiestamente vejatorias, degradantes o atentatorias contra la propia esencia de la condición o cualidad humana³¹⁰. Pero esto no se traduce en que se pueda proclamar que la dignidad goza de un carácter absoluto o ilimitado.

La lectura y análisis de las principales Constituciones confirma la relevancia de la dignidad de cara a la tarea de proveerles de una fundamentación adecuada. El principio de la dignidad ocupa un lugar prioritario tanto en los ordenamientos jurídicos de cada Estado como en los instrumentos jurídicos internacionales, puesto que dicho principio de la dignidad humana pueda ser entendido como fundamento último del orden moral y legal, la raíz última de todo sistema jurídico³¹¹. Todos los Pactos y Convenios, tanto Internacionales como Europeos, que se plantean como objetivo la defensa y garantía de los Derechos Humanos protegen la dignidad humana puesto que, en definitiva, ellos representan la manifestación expresa de la dignidad humana en las diferentes facetas y etapas del desarrollo de todo ser humano como persona. Y tal reconocimiento y garantía de la dignidad humana está presente también en todas las Constituciones democráticas actuales.

³⁰⁹ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. Op. Cit. p.p. 186-187.

³¹⁰ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p. 85-92.

³¹¹ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. Op.Cit. p.p. 257-259.

El concepto filosófico y ético de dignidad precede, en siglos, a su incorporación al ámbito jurídico. La relevancia jurídica de la dignidad humana es un tema polémico³¹², sin embargo es explícita o implícitamente reconocida como un valor constitucional fundamental en muchos sistemas. Es comprensible que el primer texto constitucional que lo haya incluido haya sido la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en lógica reacción frente al pasado histórico inmediato; ésta constituye un hito en la historia del constitucionalismo puesto que constitucionaliza la dignidad de la persona, y la sitúa como valor fundamental de todo el sistema de derechos, lo cual resulta una innovación³¹³. La Ley Fundamental Alemana otorga a la dignidad humana un lugar fundamental, y así queda evidenciado puesto que la sitúa en su primer artículo, dando a entender que es considerado uno de los pilares de la normativa constitucional; así, en su artículo 1.1 mantiene que la “*dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder público*”³¹⁴. En Alemania algunos autores han proclamado abiertamente que la dignidad es predicable de todo ser humano incluso antes del nacimiento, esto es desde la concepción en sus posteriores etapas de desarrollo.

El principio de la dignidad humana también se recoge en el Derecho interno de los diversos países. La Constitución española en su artículo 10.1 sostiene que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes...son fundamento del orden político y de la paz social*”³¹⁵; cabe señalar que en España la titularidad del derecho a la dignidad corresponde a la

³¹² VALADÉS, Diego. Op. Cit. p. 392.

³¹³ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 27.

³¹⁴ “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”. La palabra “*unantastbar*” se puede traducir como intangible o inviolable, sin embargo parece que se ha optado por usar el adjetivo de intangible en vez de inviolable. Resulta interesante que se decantado por un adjetivo que hace hincapié en la imposibilidad de tocar la dignidad, no sólo de no violarla, sino de ni siquiera tocarla, imprimiendo mayor rango a la dignidad. Además, la palabra inviolable en alemán es “*unverletzlich*”, y así lo señala en artículo 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn que señala: “*Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*” (El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo).

³¹⁵ El Tribunal Constitucional de España en su STC 337/94 considera a la dignidad un valor jurídico fundamental, pósito de los demás valores o principios allí consagrados.

persona, entendida como ser humano ya nacido. De igual manera se manifiesta en otras Constituciones, como la italiana, que en su artículo tercero sostiene que *“todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley...”*; o el caso de la Constitución portuguesa³¹⁶, que en su primer artículo establece que *“Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana...”*, la misma Constitución portuguesa en su artículo 26.3 señala que la ley ha de garantizar la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, concretamente en la creación, desarrollo y utilización de las tecnologías y en la experimentación científica y genética. La Constitución de la Federación Rusa de 1993 en su artículo 21.1 señala que *“la dignidad de la persona es protegida por el Estado. Nada puede servir de fundamento para su menoscabo”*. Por otro lado, la Constitución mexicana de 1917, en su artículo tercero, fracción I, inciso c, señala que el Estado *“contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona”*; en el mismo sentido, el artículo 25 sostiene que corresponde al Estado *“la rectoría del desarrollo nacional para garantizar... la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”*. Finalmente, la Ley Fundamental de Hungría, que entra en vigor el 1 de enero de 2012, en su preámbulo señala que el pueblo húngaro *“...hold that human existence is based on human dignity”*, posteriormente en su artículo II, del apartado titulado “Libertad y Responsabilidad”, claramente dice que considera la dignidad inviolable: *“Human dignity shall be inviolable. Every human being shall have the right to life and human dignity..”*, es importante resaltar que habla de ser humano y no de persona, el constituyente en este sentido es muy cuidadoso en este sentido debido que considera que se debe proteger la vida y la dignidad de todo ser humano desde la concepción, como se comentará en el siguiente apartado.

³¹⁶ El artículo 26.3 de la Constitución portuguesa de 1976 señala, en materia de interés para el tema que interesa, que *“La ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, especialmente en la creación, desarrollo y utilización de la tecnología y en la experimentación científica”*. Más adelante, el artículo 67.5 sostiene que corresponde al Estado para proteger a la familia *“reglamentar a procreación asistida, en términos que salvaguarden la dignidad de la persona humana”*.

En realidad son pocas las Constituciones que contemplan el concepto de dignidad dentro de su texto normativo y no es el objetivo del presente trabajo abordar cada una de los textos constitucionales existentes, sino sólo pintar un panorama general de cómo se percibe dicho derecho o principio en las distintas normativas.

2.2 Textos Internacionales y la Dignidad Humana

Dejando a un lado el Derecho interno de cada país, de igual manera se puede llevar a cabo el mismo análisis en un plano internacional. La dignidad humana, desde un punto de vista jurídico internacional, no fue reconocida sino hasta mediados del siglo XX, con la Carta de las Naciones Unidas (1945), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Por lo tanto, en cuanto a tratados y textos internacionales que mencionan la dignidad se encuentra en primer lugar la Carta de las Naciones Unidas reza: *“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas: Resueltos...A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la personas humana...”*; posteriormente la Declaración Universal de Derechos Humanos, que plantea en su Preámbulo lo siguiente: *"considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana..."*. La importancia de la dignidad humana se reconoce de nuevo en la Declaración Universal cuando vuelve a comenzar el propio articulado no sólo con la referencia expresa a la dignidad sino también su pertenencia a todos los seres humanos: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..."*. En efecto, al referirse a "todos los seres humanos" está expresando la universalidad de los derechos humanos y la universalidad de la dignidad, *"sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"*. Queda claro que la expresión "cualquier otra condición" quiere expresar que no existe absolutamente ningún motivo de

discriminación en cuanto a la igual dignidad de todos los seres humanos³¹⁷. La dignidad humana ha de ser respetada siempre³¹⁸.

Después se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos y después el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que la ubica como valor principal y fundamento de los derechos y en su Preámbulo recuerda que *“conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...”*, y aunque no hace mención de dicho principio en su primer artículo, lo hace posteriormente en su artículo 10.1 que reza: *“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Por otro lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que *“la Unión está fundada sobre los valores individuales y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y...sitúa a la persona en el centro de su actuación”*. De hecho, la Carta sitúa en el primer capítulo a la dignidad y contiene artículos también relacionados con la vida, la integridad, prohibición de torturas, esclavitud y trabajo forzado, así como una serie de prescripciones específicas en materia de Medicina y Biología³¹⁹; dicho capítulo comienza diciendo *“la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”*. Estas mismas palabras son recogidas

³¹⁷ Evidentemente tampoco cabe discriminar a los niños ni a los concebidos (aunque aún no hayan nacido) desde que adquieran la condición de humanos, ni a los ancianos, ni a los disminuidos físicos o psíquicos en tanto sean seres humanos. Esta precisión adquiere especial relevancia en la actualidad con el avance de las investigaciones y las nuevas tecnologías biomédicas tanto en el inicio de la vida (estatuto del embrión y reproducción asistida) como en el final de la misma, pasando por todas las investigaciones sobre el genoma humano y las investigaciones en la práctica médica.

³¹⁸ MARTÍNEZ Morán, Narciso. *“Los derechos humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas”*. Bioética y Bioderecho, Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. Editorial Comares. España, 2008, p. 60.

³¹⁹ Artículo 3

en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre del 2004³²⁰.

Específicamente, en materia de biojurídica se encuentran una serie de Convenios, Pactos y Declaraciones que, entre muchos otros principios, contemplan la dignidad, reconociendo su importancia a la hora de hablar de derechos fundamentales ante el avance acelerado de las investigaciones y las tecnologías biomédicas. En primer lugar se encuentra la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, del 11 de noviembre de 1997, que en su Preámbulo estipula que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana....Consciente de la rápida evolución de las ciencias de la vida que plantean algunas de sus aplicaciones en relación con la dignidad del género humano...”*.

Esta Declaración reconoce que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, destacando que tales investigaciones deben respetar plenamente la dignidad y los derechos de la persona humana. Tal es la importancia que se le concede a la dignidad humana en las nuevas tecnologías e investigaciones médicas que a ella se dedica todo el apartado A, bajo el nombre de *"Dignidad humana y el Genoma Humano"*, y comienza diciendo: *"el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad"*. El reconocimiento del genoma como patrimonio de la humanidad, patrimonio que afecta al reconocimiento y garantía misma de la dignidad intrínseca humana, adquiere vital importancia, expresada en los dos párrafos que siguen: a) *"cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualquiera que sean sus características*

³²⁰ MARTÍNEZ Morán, Narciso. *“Los derechos humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas”*. Op. Cit. p. 60.

genéticas"; y b) *"esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete, sin duda, aunque de manera muy sintetizada, los caracteres de la personalidad, a saber: la individualidad y la diversidad, dentro de la unidad genérica humana"*.

En segundo lugar, se encuentra el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, conocida también como el Convenio de Oviedo o de Asturias, de abril de 1997³²¹. En su Preámbulo reconoce la necesidad de respetar al ser humano como persona y como parte de la especie humana y por ende se le debe reconocer y garantizar su dignidad, pues se está consciente de las acciones que pueden poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biomedicina. Más adelante, en su primer artículo, señala que las partes se comprometen a proteger al ser humano en su dignidad e identidad frente a las aplicaciones de la medicina y de la biología. En el artículo 2 se plantea la supremacía del ser humano: *"El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad y de la ciencia"*. Evidentemente dicha supremacía se fundamenta en el respeto a la dignidad de todo ser humano.

Después se encuentra la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de octubre del 2003, la cual, en su Preámbulo señala que se debe tener presente el respeto a la dignidad humana en las actividades de recolección, tratamiento, utilización y conservación de datos científicos y médicos, y que dichas actividades entrañan un riesgo a dicha dignidad. En su primer artículo se plantea como objetivo velar por la dignidad y demás

³²¹ El nombre oficial de este instrumento es el Convenio para la protección de derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Cabe recordar que algunos de los Estados Europeos más relevantes no han firmado ni ratificado el Convenio, países como Alemania, el Reino Unido, Francia e Italia. Este Convenio es el primer instrumento en regular la investigación con embriones humanos *in vitro* a nivel internacional. Resulta cuando menos interesante que de la lectura del preámbulo de este Convenio se hace evidente que se tiene miedo al futuro, pues señala que el mal uso de la biología u la medicina puede llevar a actos que pongan en peligro la dignidad humana. Sin embargo, lo mismo podría decirse acerca del uso que se le dé a la electricidad y otros adelantos como sería el internet, por citar solo un par de ejemplos.

derechos fundamentales; después, en su artículo 26 continúa diciendo que se debe garantizar los avances en la ciencia de la vida humana siempre y cuando no se pase por alto el respeto a la dignidad y por lo tanto quedan excluidas todas aquellas actividades que atenten contra ella, como enfatiza el artículo 27.

Por último, se encuentra la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de octubre del 2005, que en su Prefacio, al igual que en los documentos internacionales anteriores, expone que uno de los principios fundamentales consagrados en su texto es la dignidad de la persona, promoviendo su respeto. Así mismo, en su artículo segundo se plantea como objetivo promover el respeto a la dignidad humana, a la vez que reconoce la importancia de la libertad de investigación científica, siempre que dicho derecho no contravenga el principio fundamental de dignidad. Continúa, en el artículo 3 puntualizando, en sus dos incisos, el deber de respetar la dignidad, puesto que el bienestar de la persona se encuentra por encima de del interés de la ciencia y de la sociedad. Los artículos 10, 11 y 12 reafirman el deber de respeto a este principio; y finalmente el artículo 28 señala que ninguna disposición del texto de la Declaración podrá ser interpretada de tal manera que afecte la dignidad de las personas.

2.3 Dignidad Humana y el Preembrión

Como ha quedado constatado, la dignidad es considerada generalmente como una característica esencial y definitoria, ontológica, de todo ser humano por el mero hecho de serlo, de pertenecer a la categoría *homo sapiens*. Es un rasgo que diferencia al ser humano de cualquier otro ser vivo. El preembrión ya es de la familia de los *homo sapiens* por lo tanto está dotado de dignidad, si se le negara la dignidad característica e inherente al ser humano, ¿a qué se le reduciría? Si se limita el concepto de “persona” sólo a aquellos que se valen por sí mismos y que son capaces de razonar, y sólo a ellos se les atribuye dignidad, entonces qué hay de los enajenados mentales y las personas en

estado vegetativo, ¿no son ellas personas? ¿acaso a ellas también se les priva de dignidad?

Dignidad, en el preembrión, se reduce a un bien jurídicamente protegido. La dignidad ontológica, en su sentido más propio de ser fin en sí, se acredita ciertamente en unas observaciones biológicas determinadas pero no se le puede derivar de ellas, como si estuviera en curso, ya que es indivisible: o se posee, o no se posee. Por todo esto, poner la dignidad en función de otros bienes, como es el grado de desarrollo físico y psicológico³²², para ser conferida, no responde a esta noción de dignidad; y tampoco se mide como dignidad inherente por su presentación a una totalidad, que llegaría a ser y que es la que propiamente tendría dignidad³²³.

Hoy en día se está frente a la reducción de la dignidad a la racionalidad y a la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, se da la negación de derechos a los seres no racionales o no autónomos de la especie humana, como es el caso del preembrión, embrión y feto³²⁴. La dignidad humana no es una propiedad que se “posea” por naturaleza, sino que, más bien, destaca aquella “inviolabilidad” que únicamente tiene algún significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que las personas mantienen entre ellas³²⁵.

³²² El ser humano aparece drásticamente dividido en dos: el cuerpo y el pensamiento o racionalidad. Locke llega a distinguir entre persona y ser humano en su Ensayo sobre el entendimiento humano. El ser humano es considerado un mero miembro de la especie biológica humana. Solo la persona, el ser poseedor de vida autoconsciente y libre, de autonomía y racionalidad, tiene capacidad de disposición y, por lo tanto, de ser propietario.

³²³ FERRER Santos, Urbano. “La identidad dinámica del embrión y los límites a la investigación biológica”. Cuadernos de Bioética, Vol. 15, No. 54. España, 2004, p.p. 315 – 316.

³²⁴ Singer sostiene que los recién nacidos humanos no nacen con conciencia de sí mismos, ni son capaces de comprender que existen en el tiempo. Engelhardt, por su parte, sostiene que los cigotos, embriones y fetos se llegan a considerar inferiores a ciertos mamíferos superiores, ya que podría admitirse que éstos últimos poseen mayor racionalidad. En resumidas cuentas, ambos consideran que tanto los embriones como los fetos no tienen conciencia y por lo tanto no pueden tener intereses ni derechos.

³²⁵ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. “El Concepto de Vida “Prepersonal”, en el Futuro de la naturaleza Humana, de J. Habermas”. En Cuadernos de Bioética, Vol. 16, No. 56. España, 2005, p. 46.

En su obra *“El futuro de la Naturaleza Humana”*, Habermas, sostiene que la vida prenatal es indisponible, ya que dicho autor hace la distinción entre el término indisponibilidad e inviolabilidad³²⁶. Según Habermas, el estatuto ontológico de la vida prepersonal, como individuo de la especie humana, radica no en lo que ya es en el vientre materno, sino en lo que será en el momento del nacimiento. El reconocimiento de la vida prepersonal proviene de lo que el ser humano será después del nacimiento. No atribuye al feto, y por analogía al embrión y al preembrión, el estatuto de persona y los derechos a él inherentes, pero tampoco considera al no-nacido un conjunto de células; y a pesar de que no le confiere la misma dignidad que al ser humano nacido, advierte la necesidad de valorar la vida humana prenatal, o lo que es lo mismo la vida “prepersonal”. Tal reconocimiento implicaría rescatar la vida del preembrión humano de cualquier ponderación de bienes, que supondría instrumentalizar la vida humana³²⁷.

Habermas parece justificar el uso del concepto de vida “prepersonal” por la dificultad que conlleva llegar a un consenso sobre el estatuto ontológico del embrión humano. De tal manera, que éste al no ser persona, estatuto que adquiere con el nacimiento, no tiene derechos; aunque no se le niega cierto reconocimiento. Considera que no tiene sentido marcar comienzos absolutos moralmente relevantes. En realidad, el nacimiento viene a ser el criterio para otorgar al ser humano un estatuto u otro. La relevancia del nacimiento no radica en ser un hecho natural, sino en cuanto hace posible la integración de un ser humano en un espacio comunicativo recíproco de personas autónomas. El nacimiento³²⁸ convierte a un organismo en persona³²⁹.

³²⁶ El término de inviolabilidad parece tener un carácter más bien absoluto. En cambio, la indisponibilidad estaría abierto a grados, pero no concreta la gradualidad de dicho término y en razón de qué se atribuye dicha gradualidad. Sin embargo, para el autor, lo constitutivo de la dignidad humana es la inviolabilidad, no la indisponibilidad.

³²⁷ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. *“El Concepto de Vida “Prepersonal”, en el Futuro de la naturaleza Humana, de J. Habermas”*. Op. Cit. p.p. 43 – 50.

³²⁸ Habermas describe el nacimiento como el momento constitutivo, pues sólo a través del nacimiento el niño se convierte en parte de la sociedad, pues entra en un mundo de personas que le salen al encuentro, le dirigen la palabra y hablan con él. El filósofo empirista, Locke, sostiene que la posesión de un derecho está relacionada con la posesión de deseos, o al menos, con la capacidad de tener deseos importantes. (deseos que previamente no había manifestado puesto que todo se lo proporcionaba el organismo materno).

La postura de Habermas oscila entre reconocer cierto valor a la vida del embrión humano para protegerla de una instrumentalización al servicio de posibles intereses comerciales y la negativa a otorgar al embrión, y preembrión, humano un estatuto ontológico personal antes de su nacimiento. En base a lo mismo, Habermas diferencia entre “dignidad humana” y “dignidad de la vida humana”. La “dignidad humana” remite a la “inviolabilidad” de la persona. Inviolabilidad que únicamente algún significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que las personas mantiene entre ellas. Por su parte, la “dignidad de la vida humana” alude, sobre todo, a la “indisponibilidad” de la dotación genética de un ser humano³³⁰. Así, desposeída la vida humana nonata de cualquier derecho, su protección ha de formularse en vistas a lo que ella será, no a lo que ya es; y de en este respeto a la vida que será se fundamenta el reconocimiento de la dignidad humana desde el primer momento de su existencia³³¹. En el mismo sentido, Kant sostiene que el hombre no puede ser tratado como un medio, ni siquiera por el él mismo, sino siempre como un fin, y en precisamente en ello donde estriba su dignidad; así, cada individuo se hace acreedor de su dignidad desde el momento en que se constituye su realidad biológica³³², es decir, desde su concepción.

Dignidad de la persona no puede querer decir otra cosa que dignidad del ser humano. Persona aquí no sólo es un concepto jurídico, sino un concepto moral que hay que identificar con el ser humano, independientemente de sus condiciones concretas de existencia biológica, social y política; por lo tanto, independientemente también del momento de su formación biológica³³³. Es por esto, que la dignidad también debe ser reconocido a los preembriones desde el

³²⁹ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. “El Concepto de Vida “Prepersonal”, en *el Futuro de la naturaleza Humana, de J. Habermas*”. Op. Cit. p.p. 43 – 50.

³³⁰ Dicha protección parece justificarse en aras de la autocomprensión del ser humano como especie.

³³¹ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. “El Concepto de Vida “Prepersonal”, en *el Futuro de la naturaleza Humana, de J. Habermas*”. Op. Cit. p.p. 43 – 50.

³³² KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Tecnos, 2006.

³³³ El Tribunal Constitucional español ha seguido una línea jurisprudencial que, en la práctica, parece no casar mucho con el principio que impone tratar al individuo humano siempre como un fin y nunca como medio. STC 53/85.

momento en que se pueda constatar que, efectivamente, son seres vivos pertenecientes a la especie humana, con independencia de su grado de viabilidad; la vida humana surge con la fecundación y es un proceso continuo³³⁴, homogéneo y sin fisuras³³⁵.

La dignidad humana debe entenderse como una cualidad inherente a cualquier ser humano, y no sería necesario ningún requisito adicional para poder demandar el reconocimiento de la dignidad³³⁶. Bastaría como señala la Declaración Universal de 1948, la pertenencia a la familia humana³³⁷. La dignidad humana debe ser entendida como el principio jurídico fundamental. Esto supone principalmente dos cosas: todo ser humano es merecedor de respeto por sus semejantes y, debe ser siempre reconocido como un semejante. Y es precisamente esto lo que se le niega al preembrión, al ser sometido a una violencia injustificada, y al ser tratado de forma discriminatoria en relación a los embriones y frente a cualquier otra vida humana.

Hay que tener presente que bajo el pretexto de que todo se realiza en beneficio de la salud, de la ciencia y de la investigación, los preembriones se han convertido en un objeto de manipulación sin tener en cuenta su naturaleza humana³³⁸, en cada acto destructivo se pone en juego un valor personal y, por tanto, insustituible, el peligro principal está en la transformación de lo humano en algo evidentemente inferior. La presunta utilización del preembrión para el avance de la investigación se traduce en la eliminación de la frontera entre lo que posee dignidad, valor en sí mismo, y lo que es mero medio.

³³⁴ Teoría de la continuidad.

³³⁵ APRISI, Miralles, Ángela. “*En torno al principio de la dignidad (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)*”. Op.Cit. p. 274.

³³⁶ La dignidad se pone en juego cuando cualquiera se arroga el derecho de decidir qué seres merecen el nombre de personas y cuáles no. Porque entonces fácilmente se pasa a considerar como punto medio, y se les somete a cálculos utilitaristas.

³³⁷ Es suficiente con que un ser vivo posea un genoma humano para ser considerado miembro de la familia humana; la dignidad de los individuos es independiente de sus características genéticas.

³³⁸ JOUVE de la Barrera, Nicolás. “*Cultura de la vida: Dignidad del ser humano en los inicios de la vida*”. En XXXI Encuentro Nacional de JRC. Salamanca, 2008, p. 15.

Resulta fundamental en el ámbito de la bioética y el bioderecho entender el valor primordial que tiene la dignidad. Siendo así, el concepto de dignidad de la persona, hace referencia a la cualidad que distingue al ser humano y lo hace a la vez único e igual a todos sus semejantes. Al ser la dignidad un valor predicable del ser humano, tiene, además de la dimensión individual o abstracta que hace que cada persona sea única, una dimensión colectiva o general que afecta al ser humano en su conjunto y protege lo que hace a la especie humana especial y diferente a las otras especies³³⁹. Y es precisamente esta última dimensión la que tiene particular importancia en relación con los temas que a lo largo de la presente investigación se van a tratar, particularmente en lo concerniente a los avances de la medicina, la biología y la genética, pero sobre todo, en la determinación del status constitucional del preembrión.

En conclusión, la dignidad de la persona desempeña un papel importante, debido a que contiene un límite o núcleo último de todo el sistema constitucional de valores. Si bien es cierto que la delimitación de su contenido ha planteado más de pocas dificultades, la dignidad no es un concepto vacío, sino que hace referencia a la esencia de la misma condición humana. Siendo así, la dignidad guarda una dimensión subjetiva predicable de las personas, y otra vertiente objetiva o axiológica que permite dimensionarla como dignidad humana, cuya protección afecta a toda la Humanidad en su conjunto, protegiéndola frente a las prácticas que pudieran resultar lesivas del valor propio y definidor de la misma condición humana. Por otro lado, el carácter intangible del “núcleo interno” de la dignidad implica una prohibición absoluta de aquellas prácticas claramente atentatorias contra el mismo, aquellos tratos vejatorios para la persona o negadores de la misma condición humana, lo que excluye a ese núcleo intangible de la ponderación con otros valores, principios o derechos constitucionales³⁴⁰. En materia de bioderecho y bioética el principio de dignidad encarna el principio biojurídico fundamental.

³³⁹ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 84

³⁴⁰ Ídem p. 215.

3. Derecho a la Vida

Del principio de la dignidad se deriva la necesaria protección del derecho a la vida. Existe una estrecha relación entre la dignidad y el derecho a la vida, ya que la lesión de éste derecho implica la extinción radical de la dignidad inherente al ser. El derecho a la vida es presupuesto y condición de posibilidad de cualquier otro derecho, pues es la fuente de la cual emanan todos los otros derechos. Lo anterior lleva a concluir que existe una estrecha relación entre dignidad y derecho a la vida (principio y consecuencia), puesto que la lesión de éste derecho necesariamente se traduce en la extinción de la dignidad. La agresión a cualquier otro derecho no supone, como en el caso de la vida, la eliminación de un ser que es digno³⁴¹. Por lo que el derecho a la vida es el único inviolable, cuenta con un sentido absoluto, en la medida en que nunca está justificada la acción directamente encaminada a producir la muerte de un ser humano.

El término “vida”, del latín *vita*, es la fuerza o actividad interna mediante la que obra el ser que la posee³⁴², viene a caracterizar el conjunto de propiedades que diferencian a los seres vivos de la materia inerte. Derecho Constitucionalmente reconocido, por medio del cual se garantiza que la vida de todos los individuos sea respetada por todos y protegida por el Estado. Dicho derecho a la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

El Derecho a la vida ha encontrado, con el desarrollo de la ingeniería y la biotecnología, nuevos flancos con relación a los valores que tutela la dignidad humana y a los valores de los cuales es titular la persona, ya que la

³⁴¹ APARISI Miralles, Ángela. “*El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*”. Op. Cit. p.217.

³⁴² Real Academia de la Lengua Española.

manipulación genética del ser humano, sea para científico-terapéuticos altruistas o para fines de comercialización médica, plantea en su base misma casos difíciles de carácter jurídico.

La elaboración de un concepto jurídico constitucional de la vida humana, fue sin duda pensado con relación a la procreación natural y precisa de una renovación desde los nuevos conocimientos científicos que permita abordar con un nuevo enfoque más cercano a la realidad los problemas que la moderna biotecnología plantea. La vida humana es un concepto biológico cuya existencia o inexistencia no puede hacerse depender de valoraciones jurídicas o sociales³⁴³.

3.1 Consideraciones Constitucionales

La realidad actual obliga a cuestionarse qué ocurre cuando la Constitución proclama la dignidad de la persona y reconoce sus derechos inviolables, mientras la mentalidad supuestamente mayoritaria asume la validez de prácticas y planteamientos que, lejos de materializar la voluntad del constituyente, reflejan y fomentan el individualismo insolidario, la violencia en sus más diversas manifestaciones y la relativización o pérdida de valores como el respeto a la vida de todos los seres humano y a los derechos de los demás, y generan situaciones en las que la vida no se desarrolla de acuerdo con esa dignidad³⁴⁴.

Se debe diferenciar cuáles son los derechos dignos de ser protegidos, atendiendo siempre a la salvaguardia de la dignidad humana, y cuáles son los bienes jurídicos protegidos, la vida en formación se configura como un bien

³⁴³ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p. 190.

³⁴⁴ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. Op. Cit. p.p. 209 -210.

jurídico constitucional basado en el valor fundamental objetivo que es la vida humana. No es que la vida humana en formación carezca de tutela constitucional, hasta el nacimiento, sino que su protección se deriva del derecho fundamental a la vida de la persona³⁴⁵. Son pocas las Constituciones que contemplan dentro de su cuerpo normativo el momento en que comienza la existencia legal de una persona; por otro lado, algunos códigos civiles y convenciones internacionales si lo hacen.

Algunas Constituciones y varios Instrumentos de carácter Internacional contemplan en sus articulados el derecho a la vida, pues se reconoce que sin este derecho la existencia de los demás derechos que integran el catálogo de derechos fundamentales resulta innecesaria. Empezando el análisis del derecho en cuestión dentro del Derecho Constitucional de cada país se puede encontrar que la Constitución española, en su artículo 15, contempla el derecho a la vida, y dice: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradante...”*.

La Ley Fundamental de Bonn contempla dicho derecho en el segundo apartado de su artículo 2, y señala que *“toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley”*; posteriormente, en su numeral 20 se establece que el *“Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”*.

La Constitución portuguesa también hace mención de este derecho, pero se encuentra estipulado hasta el artículo 24, que sólo dice que la vida humana se

³⁴⁵ PUENTE de la Mora, Ximena. *“Aspectos Jurídicos Relacionados con la Reproducción Asistida Humana y la Experimentación con Embriones en México”*. En Iustitia, no. 12, 2005, p. 239.

considera inviolable. Tanto la Constitución de México como la de Estados Unidos carecen de algún artículo relativo al derecho de la vida, sólo mencionan que nadie podrá ser privado de su vida sin el debido proceso legal. La Constitución de la Federación Rusa, en su artículo 20 menciona que todo individuo tiene derecho a la vida. La Constitución de Polonia, en su artículo 38 señala que la República de Polonia deberá garantizar la protección legal de todo ser humano. Finalmente, el Proyecto de la Constitución Europea establece en su numeral II – 62 el derecho a la vida, señalando que “*toda persona tiene derecho a la vida*”³⁴⁶. Por último, la Ley Fundamental de Hungría, en su artículo II, del apartado de “Libertad y Responsabilidad, protege la vida desde la concepción al estipular: “...*the life of the fetus shall be protected from the moment of conception*”.

3.2 Textos Internacionales y el Derecho a la Vida

Un rápido repaso por los textos internacionales aplicables a este tema pone de relieve la proclamación del derecho a la vida y la tendencia a reconocer a la persona y/o ser humano como sujeto del mismo. En el ámbito de los derechos humanos, a nivel internacional, se encuentra también una serie de importantes documentos, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3 sostiene que “*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona*”. La Declaración Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en su artículo 1º protege el derecho a la vida de la persona. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de noviembre de 1950, dispone en su artículo 2: “*El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley*”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, de 1978, sostiene, en su artículo 4.1 que: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la*

³⁴⁶ DÍEZ Fernández, José Antonio. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op.Cit. p. 327.

ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estipula en el artículo 6.1 que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y por ende dicho derecho estará amparado por la ley y nadie podrá ser privado de su vida de manera arbitraria. En la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, en el texto del artículo 4 se dice que *“el ser humano es inviolable”*, y por lo tanto *“todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida...”*. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 2 señala que *“el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”*; finalmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 2.1 dice: *“toda persona tiene derecho a la vida”*. Como se puede ver, el derecho a la vida se encuentra en todos estos instrumentos internacionales entre los primeros artículos, por lo que se deduce que ocupa un lugar prioritario en la sociedad internacional. Finalmente, La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, emitida en La Laguna el 26 de febrero de 1994, en su artículo 3º estipula: *“Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida... Por consiguiente está prohibido causar daño de cualquier manera que sea a la forma humana de la vida...”*.

A diferencia del principio de dignidad, que se encuentra estipulado en la mayoría de los Documentos Internacionales relativos a Bioética, el derecho a la vida no corre la misma suerte. Sólo en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos se encuentra regulado este derecho. En el Preámbulo se compromete a garantizar el respeto a la vida de las personas, *“teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos”*. Posteriormente, en su artículo 2, inciso c), la Declaración enlista entre sus objetivos *“el promover el*

respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales...”

3.3 El Derecho a la Vida y el Preembrión

De la breve oración de “todos tienen derecho a la vida”, que se desprende de los principales textos internacionales y de la mayoría de las Constituciones, se sustrae la base constitucional principal con la que se hace frente a las complejas y delicadas cuestiones que plantean los adelantos científicos relacionados con la Biomedicina. Esto implica la necesidad del uso de la hermenéutica en las últimas palabras de dicha oración, con el objetivo de determinar, por un lado, quiénes son “todos”, es decir quiénes son los titulares del derecho de la vida y, por otro lado, cómo debe ser la protección constitucional de la vida humana, así como el alcance de dicha protección en los momentos previos al nacimiento y, más específicamente, en la fase de “preembrión” previa a la implantación³⁴⁷.

En otras palabras, el debate gira en torno a dos grandes preguntas: ¿quién? y ¿cuándo? La primera pregunta es ¿quiénes son “todos”: preembriones, embriones, fetos, recién nacidos?, y por el otro lado se encuentra la segunda interrogante, ¿cuándo empieza la vida humana y hasta cuándo es exigible la protección del derecho a la vida? ³⁴⁸ Es decir, el debate gira en torno a grandes problemas que hasta la fecha no se han resuelto, como es el status jurídico del preembrión, con toda la secuela de controversias en torno a la protección jurídica de la vida preembrionaria, y el espinoso problema de la investigación con preembriones, donde las lealtades filosóficas y religiosas, así como las distintas concepciones de vida se enfrentan, y así como se debatió, y aún se

³⁴⁷ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución Op.Cit. p. 72.

³⁴⁸ GONZÁLEZ Morán, Luis. “Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida”. Op.Cit. p. 401.

debate, el status jurídico del embrión, hoy en día se habla del status jurídico del preembrión.

El núcleo del problema se centra en el dilema acerca de que si el derecho a la protección de la vida del preembrión es absoluto o puede, bajo ciertos criterios estrictos, ser evaluable en contraste con otras normas de prioridad alta, como las normas de libertad de investigación³⁴⁹. Lo cierto es que hoy en día lo que ha determinado el rumbo de los acontecimientos en relación con la manipulación de la vida humana han sido los avances en el campo de la fecundación asistida, aun así no se puede negar que de una forma u otra los valores constitucionales han reconocido y buscado garantizar el principio del respeto a todo ser humano desde el comienzo de la vida.

Dirigiendo la atención a la cuestión que versa sobre el inicio de la vida humana, cabe decir que científicamente se ha demostrado que la vida humana comienza en el mismo instante de la concepción, esta afirmación se encuentra respaldada por las tres áreas de conocimiento de la biología: genética, biología celular y embriología. La nueva vida se constituye cuando existe un ente biológico con capacidad genética propia y suficiente para iniciar su desarrollo ontológico autónomo. Si la ciencia afirma que el preembrión humano es una vida humana en sus primeros instantes de existencia, el aspecto jurídico deberían partir de esta evidencia y concederle el carácter de persona, así como los derechos fundamentales que le corresponden por ser parte de la especie humana.

En el instante de la fecundación existe en esencia un individuo de la especie humana que se va desarrollando de manera continua. A pesar de esto, hay quien supedita el inicio de la vida humana al alcance de la individualidad, entendiendo por individualidad aquella cualidad de ser un individuo único. Para los defensores de esta idea, la individualidad del preembrión no queda

³⁴⁹ BECKMANN, Jan P. “*On the German Debate on Human Embryonic Stem Cell Research*”. *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 29, No. 5, 2004. p.p. 612.

garantizada hasta el momento de la anidación³⁵⁰. Esta cuestión fue planteada por un profesor de Ética de la Universidad de Melbourne, católico, salesiano, filósofo y teólogo, llamado Norman Ford, al señalar la potencialidad de la división gemelar monocigótica es incompatible con el status personal. Esta tesis dio paso a la idea de la bióloga inglesa Jeanne McLaren que estableció que hasta el 14º día después de la concepción no debe hablarse de embrión, sino de preembrión; resulta menester mencionar que tiempo después la Dra. McLaren reconsideró su postura y expresó haber cometido un error³⁵¹.

Una de las objeciones más recurrentes que se plantea a la personalidad del embrión es la basada en la divisibilidad del cuerpo embrionario, tesis defendida, entre otros, por Norman Ford; dicha tesis parte del hecho de que el embrión puede dividirse dando lugar a dos o más embriones durante las dos primeras semanas de su vida, en base a esto se argumenta que si el embrión puede dividirse, no sería un individuo y por lo tanto no sería una “persona”, dado que por definición, una persona es necesariamente un individuo. Sin embargo, el argumento de la divisibilidad carece de solidez, porque las nociones de “individualidad” e “indivisibilidad” son distintas. La posibilidad de que el embrión llegue a dividirse en dos o más embriones no entra realmente en conflicto con la noción de “individuo” antes de la división. La divisibilidad del embrión no es necesariamente un argumento contrario a su status como “individuo” biológicamente humano³⁵².

El Dr. Ward Kischer señala que en realidad el fenómeno de gemelación es un suceso accidental y excepcional que tiene una probabilidad inferior a 0.2%, por lo que queda demostrado que la individualidad genética no implica indivisibilidad hasta la anidación³⁵³. Lo anterior se traduce en que no cabe distinguir etapas de diferente categoría en la condición humana, puesto que

³⁵⁰ La anidación en el útero materno no añade ni quita nada a la nueva vida en sí misma; lo que hace es suministrarle las condiciones ambientales óptimas para su desarrollo.

³⁵¹ JOUVE de la Barrera, Nicolás. “*Cultura de la vida: Dignidad del ser humano en los inicios de la vida*”. Op.Cit. p.p. 4 – 10.

³⁵² ANDORNO, Roberto. “*La Dimensión Biológica de la Personalidad Humana: El Debate sobre el Estatuto del Embrión*”. Cuadernos de Bioética, Vol. 15, No. 53, 2004, p. 33.

³⁵³ KISCHER, C. W. Op. Cit. p.p. 71 – 81.

anterior a la posible la gemelación se tiene un solo embrión con identidad genética propia, y tras la gemelación pasa a haber dos embriones que poseen la misma identidad genética, pero lo que hay antes o después no deja de tener condición humana en ningún momento.

Por otro lado, los derechos de la persona han de partir del reconocimiento de su identidad, que biológicamente se cita en la adscripción de un patrimonio genético intransferible. El ADN constituye la molécula de la vida, la secuencia del ADN es lo que constituye el genoma humano, y dicha molécula se encuentra presente desde la concepción, por lo que desde la fecundación se habla de persona y por lo tanto habrá que reconocerle su identidad. Los avances de la Genética y el conocimiento del genoma humano evidencian la incongruencia de pretender la existencia de diferentes etapas de la vida en el ser humano. Si el genoma es continuo la vida debe entenderse en coincidencia con el genoma, desde la formación del cigoto, hasta el final. Si hay un *continuum* genético obviamente hay un *continuum* biológico³⁵⁴.

Ahora bien, el derecho fundamental a la vida, en su dimensión subjetiva, es sólo predicable de la persona, entendida como el ser humano nacido; pero en su dimensión objetiva, implica la protección de toda vida humana, incluyendo la vida del *nasciturus* desde el inicio de la gestación. Por tanto, esta protección alcanza en términos generales al preembrión, aunque no a los preembriones y embriones no viables³⁵⁵.

El concepto de personalidad³⁵⁶ tiene diferentes definiciones, y sigue protagonizando una serie de debates en temas de bioderecho. A pesar de que muchas son las definiciones de personalidad, cabe mencionar que la mayoría

³⁵⁴ JOUVE de la Barrera, Nicolás. “*Cultura de la vida: Dignidad del ser humano en los inicios de la vida*”. Op.Cit. p. 4.

³⁵⁵ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. P. Cit. p. 75.

³⁵⁶ Personalidad es la condición de ser persona. La personalidad se obtiene con el nacimiento. ORTIZ Sánchez, Mónica y PÉREZ Pino, Virginia. Diccionario Jurídico Básico. Tecnos. Madrid, 2008, p. 236

coinciden en que para otorgar al ser humano el status de persona al menos se deben reunir la autoconsciencia, racionalidad y la autonomía. El proceso de desarrollo embrionario es simplemente el desarrollo de una persona; si todo sale bien, el preembrión *in utero* se convertirá en un ser humano adulto y por lo tanto en una persona. Debido a que este proceso comienza con la fertilización resulta que los embriones, en todas sus fases de desarrollo, deberán ser tratados como personas con valor absoluto. Todo se basa en el fundamento de la potencialidad: todo lo que se es ahora, estaba presente, en potencia, en el embrión del que se desarrolla³⁵⁷.

Habermas, a su vez considera que el nonato es un montón de células y considera el nacimiento como el momento moralmente relevante para el reconocimiento de su estatuto como persona, por lo que no se puede conceder al preembrión, o vida prepersonal, “desde el comienzo” la protección absoluta de su vida, protección de la que sí disfrutaban las personas portadoras de derechos fundamentales. Por lo que tanto el respeto como el reconocimiento de la vida “prepersonal”, radican básicamente en lo que el ser humano será después del nacimiento, es decir, para Habermas, el nacimiento constituye el requisito *sine qua non* al momento de otorgar a una vida el status de persona y/o individuo³⁵⁸.

Aquellos que aseguran que el preembrión es un ser humano desde la fusión de los gametos también afirman que a su derecho a la vida no se le deben anteponer otros derechos³⁵⁹. Por lo que sostienen que al preembrión se le debe dar un trato igual que al de la persona, y no un trato aproximado. Los defensores de esta postura hacen, entre otros los siguientes argumentos principales:

³⁵⁷ JONES, Gareth D. y WHITAKER, Maja I. Op.Cit. p. 167. De acuerdo al artículo 10 de la Constitución Española, derechos de la personalidad son aquellos inviolables que son inherentes a la persona, como lo son el derecho a la vida, a la integridad física o el derecho a la identidad persona, entre otros.

³⁵⁸ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. “El Concepto de Vida “Prepersonal”, en *el Futuro de la naturaleza Humana, de J. Habermas*”. Op.Cit. p. 43 – 50.

³⁵⁹ BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p. 612.

- Identidad: cada ser humano es sujeto de sus propias acciones. Esto se aplica al embrión joven, a quien la identidad entre ser humano y ser el sujeto de sus propias acciones se aplica.
- Continuidad: el hecho biológico de que el desarrollo del embrión, desde la fusión de los gametos, es un proceso continuo. El embrión no se convierte en un ser humano, sino que desde el inicio ya es un ser humano. No se puede perder de vista que el derecho tiene el encargo de proteger adecuadamente a las personas y, en coherencia con el continuum de la naturaleza humana, esta protección debe otorgarse por igual desde la concepción hasta la muerte.
- Potencialidad: el embrión tiene, desde el principio todo el potencial para convertirse en ser humano, puesto que el genoma del individuo está presente desde el principio y no cambia a lo largo de su vida³⁶⁰.
- Autonomía: el embrión lejos de ser un mero ente pasivo, tiene una capacidad activa extraordinaria para desarrollarse y para controlar y coordinar las diversas etapas de su proceso de formación. Por supuesto esta autonomía es más bien algo relativo, esto debido a que el embrión es enormemente dependiente del hábitat materno para sobrevivir. Pero un recién nacido también es totalmente dependiente respecto de la madre³⁶¹.

Pero también los hay quienes adoptan una postura contraria, al sostener que la protección del embrión humano aumenta con el grado de desarrollo del mismo. La fase de respeto pleno hacia su dignidad y vida se alcanza una vez que el embrión se ha anidado en el útero. Antes de la anidación el preembrión humano no debe ser considerado como un simple conjunto o configuración de células; debe ser considerado como algo que puede, si se le da la oportunidad, desarrollarse en un ser humano. Por lo tanto debe ser respetado y protegido,

³⁶⁰ Ídem p. 613.

³⁶¹ ANDORNO, Roberto. *“La Dimensión Biológica de la Personalidad Humana: El Debate sobre el Estatuto del Embrión”*. Op.Cit. p. 32.

pero puede ser subordinado a las normas tendientes a ayudar a quienes no pueden ser ayudados de otra manera³⁶².

En otras palabras, si se entiende que la vida humana inicia con la concepción, se debe valorar la relevancia que guarda la vida que posee la potencialidad por sí misma de dar lugar a un ser humano. Urruela concluye que son cuatro las distintas etapas en las que el grado de protección varía: 1) viabilidad extrauterina, aquella fase en la cual el feto puede continuar su proceso vital sin la concurrencia de la madre, es la etapa que mayor protección merece; 2) anidación o implantación; 3) viabilidad del embrión; y 4) viabilidad *in vitro*, es en esta etapa donde mayor debate hay en cuanto al grado de protección, pero sin lugar a duda es la etapa que menos protección recibe³⁶³, es la etapa del preembrión. Esta última etapa, que apenas parece ser digna de protección, lleva plantearse la cuestión de si el hecho de que la ciencia y la biotecnología hayan intervenido directamente en la creación del preembrión, propiciando el encuentro del óvulo con el espermatozoide se traduce en que el este nuevo ser, creado por el hombre, contará con un status jurídico y ético inferior.

El preembrión humano es un ser esencial y biológicamente humano, hay que considerar aquí, la dimensión corporal como elemento constitutivo de la personalidad humana. En base a esto se llega al consenso de que un ser biológicamente humano es: aquel que está dotado de las características genéticas propias de la especie humana; cabe mencionar que una célula o un tejido no son un “ser humano” o “individuo” humano en el mismo sentido que lo es un preembrión, esto debido a que está potencialmente orientado a desarrollarse y a devenir un niño³⁶⁴.

³⁶² BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p. 614 – 616.

³⁶³ URRUELA Mora, Asier. Op. Cit. p.p. 174-175.

³⁶⁴ ADORNO, Roberto. “*La Dimensión Biológica de la Personalidad Humana: El Debate sobre el Estatuto del Embrión*”. Op.Cit. p. 32.

No es la biología, sino la cultura quien sirve de base para la extensión de la noción de “ser humano” a la fase prenatal inicial e incluso a la fusión de gametos. Mientras que términos científicos describen fenómenos, los términos culturales atribuyen significados. El significado cultural de “ser humano” consiste en su posibilidad de relacionarse con otros seres humanos, la posibilidad de entablar un diálogo con otros seres humanos. La comunicación no se limita al intercambio de palabras, sino que también puede incluir un intercambio de señales biológicas³⁶⁵.

Lo que sucede es que en realidad se produce una juridificación en cuanto que se parte de la premisa de que la vida del *nasciturus* (ya sea es su fase de preembrión, embrión o feto) constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido. Pero no hay que perder de vista que no se está frente a algo subjetivo, ante la vida de “alguien” o de “todos”, sino más bien ante algo objetivo, una vida en gestación, la promesa de una futura vida, que merece ser protegida, pero siempre en función del contenido biológico que se da a cada una de las fases en que se compartimenta³⁶⁶. Es decir, una protección gradual basada en el grado de desarrollo del ser humano. En la misma línea, García-Minguillán sostiene que se trataría de una protección gradual dignidad-vida, en este sistema de protección gradual se estaría frente con un valor dignidad que ampararía al preembrión, un valor vida, que comenzaría su protección en el momento de la implantación y un derecho a la vida cuyo titular sería la persona nacida³⁶⁷. Todo lo anterior más que una apreciación y base científica viene a ser una apreciación jurídica que responde a la conveniencia de grupos científicos y económicos, atendiendo menos a la verdad científica.

Básicamente, parece ser que la protección constitucional de la vida humana está caracterizada, en la mayoría de los casos, por los siguientes elementos:

³⁶⁵ BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p. 616.

³⁶⁶ REQUERO, José Luis. “*Derecho a la vida `preembrionaria`*”. Revista Persona y Derecho, No. 54, 2006, p. 220.

³⁶⁷ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p. 211.

- El derecho fundamental a la vida sólo es predicable de las personas, entendiendo por tales los seres humanos nacidos.
- La Constitución protege el valor de la vida humana, lo que implica el reconocimiento de cierto grado de protección de la vida humana allí donde exista, incluyendo la vida en la etapas previas al nacimiento.
- El igual valor de toda vida humana se deriva de la dignidad.
- La protección de la vida humana ha de ponderarse frente a la garantía de otros bienes y valores constitucionales
- Una de las circunstancias principales a tener en cuenta a la hora de valorar la concreta protección de la vida del preembrión es la de la viabilidad, de forma que, en los preembriones no viables, esa protección cedería siempre frente a otros bienes o valores³⁶⁸.

Sintetizando, la vida humana es un valor constitucional e internacionalmente protegido, pero parece que su incidencia es menor en cuanto menos desarrollo ha adquirido la propia vida, de modo que puede hablarse de un crecimiento de esa protección paralelo al propio desarrollo de la vida humana, que comienza con el inicio de la vida del preembrión y que alcanza su pleno nivel sólo cuando, tras el nacimiento, se puede hablar propiamente de persona. Puesto que el valor de la vida es igual en todo caso, parece que la interpretación más idónea supone entender que, en las fases iniciales de desarrollo, y teniendo en cuenta sus peculiares circunstancias de desarrollo, la protección de la vida puede ceder más fácilmente frente a otros derechos o valores constitucionales³⁶⁹. La falta de personalidad del preembrión no se traduce en el hecho de que se deben considerar como meros objetos de derechos y por lo tanto como objetos susceptibles de apropiación, de comercio u objetos que se pueden desechar.

³⁶⁸ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 77.

³⁶⁹ Ídem p. 214.

4. Libertad de Investigación Científica

Junto a la vida y la dignidad, la libertad es el tercer gran pilar sobre el que se sustenta el sistema entero de derechos fundamentales. Dentro del derecho general de libertad está presente, al menos en estado “embrionario”, cualquier derecho que comprenda la posibilidad de actuar libremente³⁷⁰. Hoy en día se mantiene en todos los textos constitucionales e internacionales, tanto en su versión más abstracta y comprehensiva, como en sus múltiples manifestaciones plurales, libertades. Hay que tener presente que al ser las nuevas tecnologías un instrumento formidable para el ejercicio de la libertad de expresión y sus diversas manifestaciones, resulta incuestionable la trascendencia que tienen sobre el ámbito de la libertad de investigación científica, especialmente en torno al Bioderecho. Ciertamente son contadas las intervenciones científicas las que han tomado como base el Derecho Constitucional, tanto que a veces parecería que no hay espacio para esta disciplina en la investigación jurídica sobre la Biomedicina y la Genética. En este ámbito del ejercicio de las libertades de expresión e información mediante las nuevas tecnologías se pone en tela de juicio, más que en ningún otro, la suficiencia del marco ofrecido por la Constitución de un Estado, para garantizar el ejercicio de los derechos y para impedir que éstos traspasen sus límites en un contexto globalizado.³⁷¹

Es importante resaltar la libertad de investigación, así lo reconocen hoy en día la gran mayoría de las Declaraciones de Derechos y las Constituciones democráticas. Pero, en todo caso, debe analizarse a la luz de los problemas jurídicos que plantea el derecho fundamental a la investigación y producción científica y técnica, especialmente en el ámbito de las investigaciones biomédicas y, de manera especial, en cuanto se refiere a la experimentación,

³⁷⁰ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *“La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación”*. Op. Cit. p. 98.

³⁷¹ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Op. Cit. p.p. 93 – 106.

manipulación e ingeniería genética³⁷² en seres humanos. El reconocer la trascendencia e importancia del derecho a la libertad de investigación científica no justifica, de modo alguno, que pueda convertirse en fuente de lesión de otros derechos humanos y principios fundamentales, como es el caso del derecho a la vida y la dignidad, respectivamente.

El objeto del derecho, la acción de investigar, puede estar concebida como una actividad puramente intelectual o como un conjunto de acciones intelectuales y experimentales. En ambos casos la acción de investigación científica posee una naturaleza sistemática, es decir, responde a una estrategia de conocimiento o, si se quiere ser más preciso, a una metodología en *sensu lato*. Ello supone que tal libertad comprende la de elección del objeto de investigación, la de opción por el método que el sujeto estime adecuado o preferido, la concepción dentro de la cual se desempeña el investigador, la selección de los medios y recursos y cualquier otro de los factores o componentes precisos para el desarrollo de la actividad científica. Todos y cada uno de estos componentes constituyen el objeto sobre el que se proyecta la protección constitucional³⁷³.

Un logro científico que supone ciertas ventajas tanto para la cultura como para el futuro no puede a su vez, en determinados casos, convertirse en un peligro para la persona y sus derechos. Es cierto que, en virtud del derecho de libertad, todos los hombres tienen, en principio, derecho a hacer todas aquellas cosas que no invadan la libertad de los demás o que no violen sus derechos, pero debe existir siempre un árbitro que señale siempre los límites de dicho derecho. Y, en primer plano, es el Estado el que debe regular los límites y las condiciones del ejercicio de la libertad, especialmente en el ámbito de la

³⁷² Lo que debería entenderse por ingeniería genética es la capacidad de identificar un tramo del ADN que corresponde a un determinado gen, manipularlo, modificarlo, replicarlo, introducirlo en el ADN de otro organismo; hoy en día incluso se sabe cómo controlar la expresión de ciertos genes y cómo eliminarlos. En ABBASI-SHAVAZI, Mohammad Jalal; et. al. Op. Cit. p. 267.

³⁷³ CHUECA Rodríguez, Ricardo. “El Derecho Fundamental a la Investigación Científica”. En REDUR no. 6, 2008, p. 10.

libertad de investigación cuando el objeto de ésta es nada más y nada menos que el propio ser humano.

Díaz Revorio señala que, más allá de la simple premisa, generalmente aceptada, de que *“lo que no está prohibido, está permitido”*, la “norma general de libertad” implica que la libertad no puede restringirse o limitarse de manera arbitraria. En consecuencia, y puesto que la libertad está protegida constitucionalmente, sus restricciones deben encontrar un fundamento, directo o indirecto, en la propia Constitución³⁷⁴, o bien, en otros fines de interés general.

En principio, la búsqueda del conocimiento no debe estar afectada a límites, pero sí puede estarlo su utilización, es decir, si podría estarlo cuando con un fin cognoscitivo, se afecta otros derechos y bienes jurídicos dignos de protección. Derechos fundamentales como el derecho a la vida, la prohibición de tortura y los tratos cueles, inhumanos o degradantes, y el derecho a la intimidad, entre otros, se convierten en límites a la actividad de investigación, pues los sujetos que someten a dichas investigaciones tienen los mismos derechos que los investigadores. El problema de la investigación y experimentación con seres humanos radica esencialmente en conciliar el ejercicio de la libertad de investigación científica con los demás derechos fundamentales, que deben ser respetados por quienes desarrollen la actividad científica

El derecho a la libertad de investigación es un derecho fundamental que el científico ejerce libremente sin más límites que el respeto a los derechos humanos consagrados en las Declaraciones de Derechos y en las Constituciones, el único límite a la investigación científica es precisamente la dignidad de las personas, entendiendo por persona todo individuo de la especie humana. Ciertamente, la excelencia del hombre, el alto valor proporcionado a

³⁷⁴ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.41-42.

la grandeza de su ser, constituye el secreto para discernir lo permisible de lo censurable.

Ciertamente la Constitución ampara también a la ciencia, y entiende que se encuentra en continua evolución, y por ende debe ser apoyada y fomentada por el Estado en beneficio del interés general, pero ¿se traduce esto en que los poderes públicos se ven en la obligación de fomentar el ejercicio de esta libertad, aun cuando el ejercicio de ésta pueda entrar en conflicto con otros principios, valores o derechos constitucionales dignos de protección? Los avances biomédico y biotecnológicos exigen necesariamente cambios legislativos, y estos, tendrán como límites el respeto a los valores y normas constitucionales. El avance continuo en cada etapa de la historia ha planteado nuevos retos y la Constitución constituye el instrumento perfectamente válido para evaluar, si estos retos, respetan en principio de la dignidad y los derechos fundamentales del hombre consagrados en ella y, finalmente para, hacer cumplir la obligación del Estado por la que éste debe promover los avances científicos. Siendo así, el fomento de la ciencia y la tecnología se constituye como una obligación del Estado constitucionalmente que se plantea como fin último beneficiar a la sociedad. Teniendo esto en mente, el Estado debe hacer frente a los avances en estas áreas con el máximo respeto a la ética y moral social y sobre todo a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, pero debe hacerlo siempre teniendo en cuanto el interés del bien común³⁷⁵.

Naturalmente la ciencia siempre opondrá una resistencia a la limitación y regulación de sus actividades, lo cual resulta comprensible puesto que por mucho tiempo se vio seriamente delimitada jurídica y socialmente. Ciertamente hoy en día la ciencia ha dejado de optar por un método meramente contemplativo, ahora despliega una serie de actividades que generan riesgos a la humanidad, riesgos que un principio no se contemplaron, pues la creían ajena a conflictos con otros derechos, y es por eso que resulta importante

³⁷⁵ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p.p. 204-205, 258-259.

limitar el derecho a la investigación científica. Hay que tener en cuenta que la libertad otorgada al pensamiento y la palabra -de la que se deriva la investigación-, no se extiende a la acción, aunque ésta esté al servicio del pensamiento. En el momento en que la ciencia deja de ser actividad puramente intelectual y se externaliza la intervención del Derecho se hace necesaria, en otras palabras, se deja atrás el mundo de las ideas para entrar en el mundo de las acciones, y las acciones se regulan y limitan, no así los pensamientos.

La libertad de investigación encuentra sus límites donde un procedimiento médico o científico dé lugar a infracciones previstas en el Derecho civil o penal, entrando por ello en conflicto con la protección de un bien garantizado constitucionalmente. Estos casos se refieren principalmente al amparo y salvaguarda de la dignidad humana, la vida, la integridad física y la autodeterminación. Por otro lado, también el investigador necesita y merece confianza si ha de cumplir su cometido en beneficio de la humanidad y con la conciencia tranquila. Se debe tener presente que el principio más importante que orienta y limita la investigación debe ser el de la inviolabilidad de la dignidad humana. Otros factores limitativos pueden ser los derivados del derecho a la vida, a la integridad, a la autodeterminación, así como de la prohibición de practicar discriminación. La protección de estos bienes, así como la ponderación de los principios de libertad de investigación y de desarrollo, requiere un instrumental normativo diferenciado y adaptado a los distintos grados de protección necesaria. Para evitar que se formen “huecos genéticos” también se deberían hacer esfuerzos para lograr una armonización jurídica internacional³⁷⁶, que se vea reflejada en la legislación nacional de cada Estado.

Como señala Pérez Royo, *“el Derecho es, por tanto y al mismo tiempo, el resultado de un profundo conocimiento y de una profunda desconfianza en la condición humana. No se trata de algo natural y espontáneo, sino de todo lo contrario. Es lo más antinatural y antiespontáneo que existe en las sociedades*

³⁷⁶ ESER, Albin. *“La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán”*. En *Ingeniería genética y reproducción asistida*, España, 1989, p.p. 273 - 297.

*humanas. Es un artificio diseñado por la sociedad para neutralizar impulsos naturales*³⁷⁷. La ciencia, los científicos en particular, buscan actuar sin limitaciones éticas ni jurídicas, es por eso que el Derecho debe controlar las actividades que desempeñan, para brindar seguridad y certeza a la sociedad ante los cada vez más acelerados cambios, y es sólo natural que la misma sociedad desconfíe de este grupo y busque preservar valores que considera fundamentales y que debieran ser inmutables.

La controversia ha acompañado a la ciencia a través de toda su historia, y el presente no ofrece una excepción. En un principio es verdad que el Estado entorpecía el avance científico, hasta lo condenaba, llegando a considerar a la ciencia incluso como magia. Sin ir más lejos se encuentra el caso de Galileo cuando se vio obligado a negar su gran descubrimiento, inmortalizando su frase *“Eppur si muove”*. Hoy en día, la realidad es otra, los científicos han venido disfrutando de un alto grado de autonomía. En escasas ocasiones se han impuesto controles externos a su actividad. Sin embargo, al menos en el caso de la investigación relativa al genoma humano, parece que este principio de absoluta libertad e independencia es insostenible. Se trata de un derecho que no es absoluto, sino que posee una serie de limitaciones estrictas. Existen otros derechos derivados de la dignidad humana que no sólo pueden, en determinadas circunstancias, limitar la libertad de investigación, sino que deben hacerlo.

No se trata en absoluto de negar el derecho a la libertad de investigación científica, pero sí de ponderar los intereses en juego, constatar la existencia, en determinados casos, de un conflicto de derechos y la necesidad de jerarquizarlos. No hay que olvidar que nada se encuentra más alejado de un modelo garantista que el uso de las tecnologías biomédicas con fines que atenten contra los derechos fundamentales, una actitud condescendiente puede conducir a situaciones que vulneren no sólo derechos sino valores que la sociedad considera dignos de protección. No obstante la necesidad de

³⁷⁷ PÉREZ Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Decimocuarta Edición, Marcial Pons, 2004, p.p. 13-14.

establecer límites a esta libertad, se debe cuidar el no caer en un exceso de reglamentación que, además de limitar una libertad tan preciada y necesaria como lo es la investigación científica, puede no solo entorpecer pero bloquear el camino hacia el logro de avances como mitigar el dolor, curar enfermedades o asegurar condiciones de vida más dignas al ser humano.

4.1 Consideraciones Constitucionales

La preocupación por la utilización de seres humanos en la investigación científica se ha recogido en diversos textos internacionales y de orden interno que limitan la libertad de investigación científica. La libertad de investigación se reconoce entre los derechos y libertades fundamentales, al mismo nivel que la libertad de pensamiento, la libertad religiosa, la de expresión y asociación. La importancia de la libertad es tal que ha estado presente en todas las declaraciones de derechos, desde los orígenes del constitucionalismo. Hoy se mantiene en todos los textos constitucionales e internacionales (y por regular es uno de los primeros valores mencionados en los preámbulos), tanto en su versión más abstracta y comprehensiva (libertad), como en sus múltiples manifestaciones plurales (“libertades”)³⁷⁸. La libertad de investigación científica, al fin y al cabo, es una manifestación de la libertad.

Entre los países miembros de la Unión Europea sólo la Constitución alemana de 1949 reconoce expresamente la libertad de investigación científica en el marco de la libertad de opinión, así, en su artículo 5.3 se señala que *“El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de lealtad a la Constitución”*. Hay menciones indirectas en la Constitución portuguesa que reconoce en su artículo 42 la libertad de creación científica, que incluye la invención, producción y divulgación de la obra científica; y en la Constitución griega de 1975 que en el primer apartado del

³⁷⁸ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 93.

artículo 16, proclama la libertad de investigación, y señala que: “*Son libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza, y su desarrollo y promoción constituyen obligación del Estado*”. La Constitución italiana en su artículo 9 se compromete a promover el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica; más adelante, el artículo 33 sostiene que “*Son libres el arte y la ciencia y será libre su enseñanza*”. La Constitución de la República de Hungría de 1949, en su artículo 70/G reconoce que sólo los científicos tienen derecho de decidir acerca de las verdades científicas así como de determinar el valor científicos de la investigación; la Constitución fue derogada por la Ley Fundamental de Hungría que entra en vigor en enero de 2012, y bajo el apartado de “*Libertad y responsabilidad*”, en su artículo X, mantiene la misma línea de reconocer la libertad de investigación científica con el objetivo de obtener el nivel más alto de conocimiento, y de nuevo otorga a los científicos el derecho a decidir sobre la verdad científica y evaluar la investigación de esta naturaleza, señalando que el Estado no tiene derecho a decidir sobre verdades científicas.

Por su parte, España en su artículo 20 constitucional protege la libertad de producción y creación científica, con el límite de respetar los derechos reconocidos en el Título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Por otro lado, el artículo 44.2 estipula que los poderes públicos “*promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*”. En cuanto a la Constitución mexicana de 1917, el artículo 3º, en su fracción VIII, es el único artículo constitucional que hace mención de este derecho, y señala que el Estado garantizará, en las universidades y demás instituciones de educación superior, a las que la ley otorgue autonomía, la “*libertad de cátedra e investigación...*”. En el caso de la Constitución de Estados Unidos, la Primera Enmienda se avoca a la libertad de expresión, de religión y de imprenta, así como el de asociación y petición; dicha enmienda se puede entender como una concepción algo amplia del derecho de expresión que viene a amparar y garantizar el derecho de investigación científica. Y al respecto el artículo II-73 del proyecto de Constitución para

Europa, establece la libertad de las artes y de las ciencias, así como la libertad de investigación científica.

4.2 Textos Internacionales y la Libertad de Investigación Científica

Ahora se analizarán los documentos internacionales que en sus textos contemplan, o hacen alusión, a la libertad de investigación científica. Ya el artículo 1º del Código de Núremberg de 1948 establecía un predominio del individuo sobre el mundo de la ciencia y la técnica, ensalzando la dignidad humana como principio irrenunciable sobre el que se asentará cualquier acto de investigación y práctica médica.

La libertad de investigación, como corolario de libertad de pensamiento, proclamada en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como libertad inherente a toda persona, y de la cual se desprende la libertad de investigación que contempla el artículo 19: *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión"*. Por otra parte, en la misma Declaración se reconoce, en el artículo 27, que *"Toda persona tiene derecho...a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten"*. En efecto, la libertad de investigación es un derecho fundamental que debe ser respetado también en el campo de la ciencia, por muy problemático que pueda llegar a ser, pero debe existir un control estatal en aquellos casos en que la investigación pueda lesionar los derechos de las demás personas y, especialmente, a la dignidad de la persona.

La Declaración Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en su artículo 4º contiene la libertad de investigación. Es evidente que de las investigaciones médicas se derivan enormes beneficios para la salud de las

personas, pero no cabe duda de que del ejercicio de la investigación biomédica también puede derivarse resultados contrarios que atentan contra los derechos de algunas personas e inclusive de toda la humanidad, poniendo en entredicho la dignidad humana. En tales casos los Estados podrán, y deberán, limitar el ejercicio de la libertad de investigación, de acuerdo al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, siempre que se pongan en peligro los derechos de los demás o cuando el bien público así lo exija. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1976, en su artículo 15.3 dice que los Estados Partes “*se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora*”.

Por su parte, el Consejo de Europa emite una serie de Recomendaciones: a) Recomendación 934 relativa a la ingeniería genética, de 1982; b) Recomendación 1046 relativa a la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, de 1986; y c) Recomendación 1100 relativa a la utilización de embriones y fetos humanos dentro de la investigación científica, de 1989³⁷⁹.

La protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina está garantizada también en el Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de abril de 1997. El Convenio dedica todo un capítulo, el quinto, a la investigación científica, son cuatro artículos los que componen este capítulo, del artículo 15 al 18, siendo el primero en regular la investigación con embriones *in vitro* en el Derecho Internacional. El primer artículo, el 15, señala como regla general que la investigación científica, en el ámbito de la biología y la medicina se llevará acabo de manera libre, con una marcada limitación “*a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección humana*”; el artículo 16 enlista una serie de requisitos que se deben cubrir a la hora de someter a las personas a experimentos, requisitos como el

³⁷⁹ MUÑOZ de Alba Medrano, Marcia. “*El status jurídico del uso de las células troncales en México*”. Mexican Law Review, no.5, 2006, p. 111.

que no existan métodos alternativos, que los riesgos no sean desproporcionados con respecto a los beneficios, el experimento debe ser aprobado por la autoridad competente, el paciente debe estar informado de sus derechos y se requiere la autorización escrita de la persona. El artículo 17 hace referencia a la protección de las personas que se encuentran sin la capacidad de expresar su consentimiento. Por último, especial mención merece el artículo 18 del Convenio que habla sobre la investigación sobre embriones *in vitro* (preembriones) y señala: “1. Cuando la ley nacional admitiere la investigación sobre embriones *in vitro* deberá asegurar una protección adecuada al embrión. 2. Se prohíbe la creación de embriones humanos con el fin de investigar sobre los mismos”. El mismo Convenio en su artículo 2º habla de la primacía del ser humano y estipula que “el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”. Es interesante que el artículo hable de la “supremacía del ser humano” y no de la persona, el preembrión es un ser humano, ya sea sólo en potencia, pero ser humano al fin. Finalmente, cabe mencionar que entre los derechos fundamentales que no admiten restricciones incluidos en el artículo 26.2 del Convenio, no figura la libertad de investigación.

Los Estados Parte en el Convenio pueden autorizar por ley la experimentación con embriones humanos, pero corresponde discrecionalmente a los Estados tomar la decisión de autorizar o prohibir tal actividad, lo que significa que los ciudadanos (particularmente los científicos) no podrán acogerse directamente al Convenio para poder realizar experimentaciones con embriones humanos *in vitro*, sino que estarán sometidos a la legislación estatal que les resulte aplicable. De asumir la postura favorable a la experimentación, únicamente se impone a los Estados la obligación de que también sea la ley la que garantice una protección adecuada del embrión o, lo que es lo mismo, la ley debe incluir alguna forma de garantía que satisfaga este mandato³⁸⁰.

³⁸⁰ ROMEO Casabona, Carlos María y Urruela Mora, Asier. “Presupuestos y Propuestas para una Futura Armonización Legal en Europa sobre la Investigación con Células Embrionarias Humana”. En Revista Monografías Humanitas, no. 4, 2004, p. 221.

Sin embargo, para comprender el alcance del derecho a la libertad de investigación y sus relaciones con otros derechos y libertades fundamentales y con la dignidad de todo ser humano es imprescindible analizar la Declaración sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, aprobado por la UNESCO. En su Preámbulo insta a la UNESCO a promover y desarrollar la reflexión ética y las actividades conexas en lo referente a las consecuencias de los progresos científicos y técnicos en el campo de la biología y la genética, respetando los derechos y las libertades fundamentales del ser humano. Y, ya en el articulado se reconoce que *"...la investigación está encaminada a redundar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones previstas por la ley y sea compatible con la protección de los derechos humanos"*. Y reconoce también que *"Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad"*.

El artículo décimo de la Declaración afirma que *"ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos..."*. Más adelante, el inciso *b* del artículo 12, reconoce que la libertad de investigación, aunque es importante para el progreso del saber, deriva de la libertad de pensamiento, y sus aplicaciones deberán estar orientadas a la mejora de las condiciones del individuo y de toda la humanidad. El siguiente artículo impone a los investigadores una serie de principios y valores como rigor, prudencia, probabilidad intelectual e integridad a la hora de desarrollar sus investigaciones. El numeral 14 impone a los Estados la responsabilidad de adoptar las medidas adecuadas con el fin de propiciar un ambiente favorable para el desarrollo intelectual y material de las actividades de investigación. El último artículo que hace referencia a dicha libertad, el artículo 15, continúa la misma línea del artículo previo pero se avoca a asentar el deber del Estado de proveer un marco de libre ejercicio de las

actividades de investigación respetando siempre los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana.

La libertad de investigación científica también está comprendida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 13 dice “*las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra*”; resulta interesante que en la Carta la libertad de investigación científica no está contemplada en el mismo artículo que la libertad de expresión, contenida en el artículo 11.

4.3 La Libertad de Investigación Científica y el Preembrión

Los descubrimientos en estas materias suponen un avance inimaginable puesto que la ciencia aporta contantemente beneficios trascendentales para la humanidad - para la vida, la salud y el bienestar de las personas -, pero un uso inadecuado de estos avances y de los conocimientos que se derivan de las ciencias, pueden convertirse en amenazas importantes para la especie humana en su conjunto y para cada persona en particular. Es por esto, que resulta imprescindible analizar los problemas e implicaciones constitucionales que plantean los avances científicos vinculados con el valor de la vida humana y, sobre todo precisar, de la manera más específica, concreta y fundamentada posible, la posición constitucional del preembrión humano³⁸¹.

Queda claro que en cuanto a los avances de la medicina y biotecnología hay que llevar a cabo el análisis, sobre todo a la hora de determinar la posición constitucional del preembrión, donde se tiende a dejar de lado este derecho, con el fin de centrarse sólo en el papel de la vida y la dignidad de la persona o, y como mucho, se considera esta libertad sólo como un límite a las mencionadas manifestaciones; el enfoque debe partir de la determinación de

³⁸¹ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p. 13-14.

todos los valores y derechos en juego y de la ponderación entre los mismos³⁸². De la actividad científica no se deriva solo el conocimiento, sino también otros resultados, las consecuencias indeseables, los riesgos y amenazas, que en este caso particular lleva a la eliminación de preembriones, incluso a la alteración del genoma humano. La disponibilidad de los preembriones como material de investigación ha dado origen a una nueva etapa en la investigación científica, esto debido a la gran cantidad de embriones sobrantes de los procesos de FIV. Conservarlos congelados significa un elevado costo anual y su eventual eliminación al transcurrir el plazo establecido por la ley.

Las nuevas áreas de investigación y práctica biomédica y de ingeniería genética ponen a prueba la naturaleza del Estado constitucional en tanto que la investigación con células madre embrionarias, provenientes de preembriones, se trata de una disciplina cuyo desarrollo exige un alto nivel técnico en la elaboración normativa y un desempeño ético ejemplar; en ambos casos es indispensable actuar con sentido de responsabilidad, preservando las libertades individuales y públicas, los derechos fundamentales y los principales valores sociales, a la vez que se vela por el bienestar colectivo³⁸³.

La investigación y experimentación con gametos humanos no presenta dilemas éticos, siempre y cuando después no se destinen a la reproducción. La misma naturaleza de estas células gaméticas determina que su empleo en la investigación no suponga un atentado contra el derecho a la vida. Por el otro lado, los problemas y debates vienen de la mano de la unión extra-corpórea de los gametos generando una realidad nueva, el embrión *in vitro*, el preembrión. Esta realidad biológica es considerada una realidad especial puesto que corresponde al estado inicial de la vida humana. La investigación con células madre obtenidas de preembriones plantea dos grandes campos de problemas jurídicos: los derivados de su obtención y los inherentes a su utilización. La investigación con células madre obtenidas a partir de células de tejidos adultos,

³⁸² Ídem p.p. 105-106.

³⁸³ VALADÉS, Diego. Op. Cit. p. 404.

fetales o de cordón umbilical, no suscita conflicto alguno ya que se acepta por todas las posturas³⁸⁴.

La genética y la biomedicina humana exige gran vigilancia en el ámbito de la investigación y en sus aplicaciones actuales y futuras, pero de lo que se trata es de proteger no sólo el genoma humano sino a las personas y los grupos expuestos a ser explotados, como muchos consideran es el caso de los preembriones. A pesar de esto, hay quienes afirman que las investigaciones del preembrión que excedan la mera observación de su desarrollo y/o puedan implicar riesgos, podrían admitirse en el caso de que: a) sirvan para reconocer, impedir o curar una enfermedad en el preembrión en cuestión, o b) sea “superfluo” el preembrión en cuestión y no apto para ser objeto de embarazo³⁸⁵.

Por otro lado no se puede negar que la investigación con preembriones presenta una serie de beneficios, como es: la mejora de los tratamientos de esterilidad y las técnicas de reproducción asistida, el estudio de enfermedades congénitas y nuevas posibilidades diagnósticas, obtención de células pluripotentes para la obtención de tejidos y el desarrollo de órganos simplificados con métodos de ingeniería genética. Pero con los avances logrados en esta área, tampoco se puede dejar de lado la posibilidad de sustituir el uso de células obtenidas de preembriones por las células adultas reprogramadas.

La disponibilidad de los preembriones como material de investigación dio origen a una nueva era de la investigación científica consecuencia de la gran cantidad de preembriones sobrantes de los procesos de fecundación asistida. El problema de este tipo de investigación radica en su obtención, pues como cualquier material biológico o estructura proveniente de los

³⁸⁴ CASADO, María. “En torno a células madre, pre-embionarias y pseudo-embionarias: el impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho d la UB”. En Revista de Bioética y Derecho, no. 19, 2010, p. 17.

³⁸⁵ ESER, Albin. *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*. Op. Cit. p. 299.

preembriones, se extraen de la masa interna del preembrión y conlleva su destrucción, por lo que es una agresión a la vida concebida, un atentado contra el derecho a la vida. Concretamente, esto se traduce en que la utilización de preembriones en la investigación implica su instrumentalización, pues les convierte en fuente de material o simple objeto de experimentación.

En efecto, ningún derecho es absoluto. Es decir, todo derecho es limitable cuando existan razones fundadas para ello. Y ninguna otra razón aconseja tanto limitar la investigación científico – médica, especialmente si esta ha de llevarse a cabo sobre los propios cuerpos humanos, en este caso sobre preembriones, como aquellas investigaciones que puedan suponer un atentado a la integridad física o moral e incluso un atentado a la propia vida de seres humanos. Los derechos de los demás, especialmente el de la vida, y el de la integridad física y moral y otros derechos como el de la intimidad de los datos genéticos, suponen un límite a derechos que generen riesgos de destrucción de la vida y la dignidad humana. Porque, si se atenta contra la vida o la dignidad, se aniquilan al mismo tiempo todos los demás derechos. ¿Qué sucede cuando, como consecuencia de la investigación, de la experimentación, de las prácticas médicas, de la manipulación y la ingeniería genética se producen daños o perjuicios para los individuos o para toda la humanidad? ¿Estará justificada tal investigación? Sin embargo, la consideración de que ordenamiento jurídico debe ser un producto basado en un temor irracional ante el progreso científico y tecnológico es propio de épocas pasadas, actualmente se pugna por considerar que el derecho a la creación científica está dotado, en el ordenamiento constitucional, de carácter fundamental, que conlleva límites cuando se pongan en peligro o se lesionen intereses y bienes jurídicos de mayor jerarquía, como la dignidad y la vida³⁸⁶.

El principio más importante que debe orientar y limitar la investigación científica debe ser el de la inviolabilidad de la dignidad humana. El problema radica, sin embargo, en concretar cómo debe intervenir el ordenamiento

³⁸⁶ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p. 181.

jurídico, como qué efectos y sobre qué aspectos. Sabido es que en muchas de las actividades que se desarrollan en el ámbito de la moderna biotecnología están directa e indirectamente implicados valores y derechos esenciales de la persona, como la dignidad, la vida, la integridad física y la intimidad personal³⁸⁷.

En base a todo lo anterior, ninguna actividad científica será justificable si pretende atentar contra los derechos humanos, o de su práctica se sigue la agresión o supresión de los derechos de otras personas. Y es que, en la actualidad, se corren serios riesgos de que el exceso de ambición por obtener resultados científicos, aun a costa de la propia vida de seres humanos o de su integridad física y moral, atente contra la propia dignidad humana, que, como se ha venido diciendo, es el fundamento de todos los derechos fundamentales. A pesar de lo anterior, interrumpir o desalentar el progreso del saber y la ciencia no defiende en modo alguno a la sociedad contra los excesos de sus aplicaciones, ha quedado en muchas ocasiones demostrado que una ley a lo sumo puede retardarlos algunos meses o algunos años.

¿Y cuándo se entiende que existe una agresión, lesión o destrucción de la dignidad humana? Se atenta contra la dignidad humana cuando se destruye la propia vida humana o cuando se viola la libertad o la seguridad de su persona. Se atenta contra la dignidad humana cuando se comercia con seres humanos, cuando se destruyen preembriones humanos recién engendrados, cuando se comercia con tejidos humanos o con los resultados de las investigación sobre el genoma humano, por pertenecer al patrimonio de toda humanidad; cuando se somete a torturas o penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes a cualquier ser humano. No hay que perder de vista que siempre que los seres humanos sean utilizados para fines ajenos, como es generar conocimiento, procurar el bienestar y las condiciones de salud, existe el riesgo de instrumentalización del ser humano por el mismo ser humano.

³⁸⁷ Ídem p. 183.

5. Nuevos Derechos o Nuevas Dimensiones de Derechos Fundamentales

El continuo avance de la ciencia y de la sociedad ha llevado al Derecho Constitucional a encontrarse de frente a lo que autores como Díaz Revorio denomina “nuevos derechos”, cuyo reconocimiento, que se desprende de valores y derechos previamente existentes, no había sido necesario realizar de manera expresa y autónoma. Desde luego, sólo se podrán reconocer como “nuevos derechos” si los mismos se derivan o tienen un fundamento constitucional, lo que en último término implicaría que se trata de derechos implícitos en la Norma fundamental. De esta manera, quizás lo más correcto sería hablar de “nuevos derechos constitucionales”, pues incluiría cualquier forma de reconocimiento de derechos anteriormente no proclamados. A pesar de esto, la afirmación de que la Constitución protege un derecho determinado que no aparece expresamente mencionado no significa que todas las manifestaciones que *prima facie* forman parte del mismo queden definitivamente protegidas³⁸⁸. Por lo que más que “nuevos” derechos se trata de una reinterpretación de derecho preexistentes, esto es, un “nuevo derecho” derivado de un concreto derecho constitucional tiende a ser realmente, una nueva manifestación de éste. Se trataría de una “ampliación” del contenido de un derecho previamente existente, manteniendo los demás elementos configuradores.

Los derechos humanos no son inmutables y pueden, y deben, cambiar cuando argumentos racionales obligan a abandonar posturas tradicionales. Pero muchas veces la solución a los conflictos sociales no consiste necesaria y

³⁸⁸ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. “*La creación de ‘nuevos’ derechos constitucionales pro los tribunales*”. Beresit, Revista Interdisciplinar científico-humana, No. 5, 2003, p.p. 273-274. DÍAZ Revorio, Francisco Javier. “*La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación*”. Op. Cit. p. 91; REVENGA Sánchez, Miguel. “*Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos*”. Revista Española de Derechos Constitucional, No. 64, enero-abril 2002, p.p. 99-102.

exclusivamente en crear nuevos derechos, ni de interpretar de forma extensiva su contenido, sino en admitir que la protección jurídica también puede consistir en nuevos límites que afectan al ejercicio de un derecho consolidado³⁸⁹. Desde luego lo cierto es que la realidad ha cambiado tanto en los últimos años que resulta necesario abarcar nuevos conceptos y nuevas realidades que llevan a crear nuevos derechos o dimensiones de los ya que existentes.

Actualmente los académicos, juristas, legisladores y políticos se ven en la tesitura de reflexionar acerca de la conveniencia de incorporar nuevos derechos al sistema constitucional o si se está frente a la tarea de descubrir nuevas dimensiones de derechos que ya están constitucionalmente protegidos. Y es que las situaciones nuevas, que se perciben como amenazas o eminentes peligros, van generando una serie de exigencias y demandas con la pretensión de concretarse en nuevos derechos. Pueden dar lugar a un nuevo derecho o ampliar el contenido de derechos ya existentes así como reducirlo, al dotar de protección a otros bienes jurídicos o intereses, cuando no reúnen los requisitos suficientes para instituirse como derechos, especialmente por problemas de titularidad o de fundamentación, la protección puede conseguirse a través del establecimiento de límites. Y es que ante una realidad continuamente cambiante se espera que el Derecho Constitucional proporcione respuestas y regule estas realidades sociales. De hecho, resulta evidente la tendencia, como se ha visto, a hablar de nuevos derechos relacionados con la investigación biomédica.

En el campo específico de las ciencias biomédicas se ha venido desarrollando o identificando numerosos derechos humanos, en ocasiones como parte del contenido de algunos derechos fundamentales proclamándolos

³⁸⁹ Una nueva manifestación o dimensión de un derecho constitucional tiene fundamento constitucional, y así se ha reconocido, ésta adquiere rango constitucional, de modo que cualquier norma de rango inferior que lesione el contenido del mismo debe ser declarada inconstitucional. En REVENGA Sánchez, Miguel. *“Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”*. Op. Cit. p.p. 99-102; ALEGRE Martínez, Miguel Ángel. *“El Derecho Constitucional al servicio de la persona: la protección a los más vulnerables y los ‘nuevos derechos’”*. Revista de Derecho Políticos, No. 80, enero-abril, 2011, p. 79.

por la mayor parte de las Constituciones modernas, pero también inspirados en la Declaración Universal, en los pactos internacionales o en convenios regionales³⁹⁰.

No sólo a través de los instrumentos internacionales se incorporan derechos, se puede encontrar al menos las siguientes vías de incorporación de "nuevos derechos":

- 1) La reforma constitucional que incorpore alguno o algunos de estos llamados "nuevos derechos"³⁹¹ al texto de la Constitución. En tal caso, hay que tener en cuenta que, a partir de ese momento, el "nuevo derecho" ya no se podrá considerar "derecho no escrito" ni "innominado", de manera que no le serían aplicables estas otras denominaciones, si bien será "nuevo" en el simple sentido de haberse incorporado recientemente a la Norma Fundamental.
- 2) Pero la Constitución no puede reformarse continuamente, puesto que es la norma básica del Ordenamiento y por lo mismo requiere de cierta estabilidad. Sin embargo, cuando un texto constitucional pasa tiempo sin ser reformado, resulta imprescindible una adaptación interpretativa del mismo que incorpore, aunque sea por vía jurisprudencial, los nuevos derechos cuya garantía se va haciendo necesaria con el paso del tiempo. Es por esto que la creación jurisprudencial, es probablemente una de las vías más concurrentes en el caso del reconocimiento de "nuevos derechos" a nivel Estatal. Si dicha creación procede de los Tribunales, a los que se les consideran intérpretes supremos de la Constitución, cuya jurisprudencia es vinculante y materialmente – y, según los sistemas, también formalmente – fuente de Derecho, y dichos Tribunales entienden que el derecho se deriva del texto constitucional, dará lugar a que el nuevo derecho adquiera, en efecto, rango casi equivalente al de la misma Constitución.

³⁹⁰ ROMEO Casabona, Carlos María. *“La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho”*. Op. Cit. p. 290.

³⁹¹ Que más bien viene a ser una nueva dimensión de derechos que ya se encuentran asentados en las Constituciones y textos internacionales relativos a los derechos fundamentales.

- 3) Otra de las vías de evolución constitucional, puede ser la vía de los usos y convenciones constitucionales o los cambios sociales y políticos. Éstos se pueden derivar, a su vez, de la modificación de otras normas o textos jurídicos diferentes de la Constitución. De manera que lo que es, en principio, una modificación normativa de una ley o un tratado internacional lleve a un nuevo entendimiento de la Constitución. No hay que olvidar que la Constitución no tiene como objetivo fundamental ofrecer una respuesta o consecuencia jurídica a determinados supuestos fácticos, sino instituir derechos, límites y mandatos de actuación a ciudadanos y poderes públicos. Por ende, no siempre se encontrará una “respuesta” en la misma Norma fundamental, y cuando éste sea el caso, ello significará que el legislador y, en la medida en que tengan potestades normativas, los restantes poderes públicos podrán regular sin restricciones la situación de que se trate, ofreciendo la respuesta normativa que en cada momento se estime más adecuada.
- 4) Por último, y quizás el medio más utilizado en materia de bioética y bioderecho, son las normas o los textos internacionales, que pueden reflejar en su texto "nuevos derechos", si bien en este caso, salvo que se produjera paralela o posteriormente la evolución constitucional reflejada en el punto anterior o la jurisprudencia constitucional justificara su catalogación como tal, no se trataría de un nuevo derecho "constitucional". Esto es, en realidad la creación de nuevos derechos tenderá a producirse sólo cuando exista, de modo similar a los sistemas constitucionales nacionales, un Tribunal que interprete y desarrolle los preceptos de la declaración de que se trate³⁹².

Todos los preceptos constitucionales constituyen las primeras referencias a la libre autonomía del individuo, al patrimonio genético y a un derecho a la identidad genética del ser humano como derechos del ciudadano bioético, y vienen a configurar el núcleo de un Derecho Constitucional de la biomedicina, que se irá desarrollando como barrera frente a las presiones de ciertos

³⁹² DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Op.Cit. p. 37.

investigadores y empresas que no reconocen ningún freno al progreso de la ciencia y al beneficio económico, Romeo Casabona denomina a estos últimos como *biócratas*³⁹³.

El genoma humano, de acuerdo al Artículo 1º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, “*es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad*”. De este patrimonio se desprenden los derechos a la integridad, a la identidad, y a la intimidad genética, a la no discriminación a causa de las características genéticas, todos ellos como características de la especie humana, así como el derecho a la protección de los datos genéticos personales.

Técnicamente no se puede considerar a la humanidad como titular de derechos subjetivos, pero lo anterior no quiere decir que no se le pueda reconocer y garantizar derechos de las concretas personas en el ámbito de la Genética, especialmente cuando se trata de los derechos de la protección del patrimonio genético de cada individuo. La protección de dicho patrimonio genético se hace hoy en día necesaria, pues con el desciframiento del genoma humano y los acelerados avances de la ciencia se corre el peligro de lesionar este patrimonio genético. Se debe partir del punto de que el “patrimonio genético” posee una dimensión subjetiva que implicaría su protección como derecho de toda persona a su propio genoma. Lo anterior ya ha sido reconocido por algunos textos internacionales, como es el caso de la Recomendación número 934 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre Ingeniería Genética que incluía la recomendación de “*prever el reconocimiento expreso en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del derecho a un patrimonio genético que no haya sufrido manipulación, salvo en aplicación de determinados principios reconocidos como plenamente compatibles con el respeto a los derechos humanos*” lo que supondría el

³⁹³ ROMEO Casabona, Carlos María. “La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho”. Op. Cit. p. 292.

reconocimiento como derecho fundamental un derecho al propio genoma y su inviolabilidad³⁹⁴.

Este derecho se traduciría en la inviolabilidad del genoma de cada persona, ya sea frente a intervenciones exteriores sobre el mismo como frente al conocimiento de la información genética³⁹⁵ por terceros o por los poderes públicos, así como frente a actuaciones que pudieran utilizar ese patrimonio genético individual de forma discriminatoria o atentatoria contra otros derechos de la persona; por lo que se trataría de un derecho amplio que englobaría en realidad una serie de manifestaciones³⁹⁶. Suiza en su artículo 119 constitucional regula la utilización del patrimonio genético en cuatro de los incisos del segundo punto de este artículo, y dice lo siguiente:

“Art. 119 Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos

2. La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios:

a. se prohíbe toda forma de clonación y toda intervención dentro del patrimonio genético de las células reproductoras y los embriones;

b. no se podrá introducir o mezclar elementos genéticos o embrionarios no humanos en el patrimonio genético humano;

...

f. el patrimonio genético de una persona no puede ser analizado, registrado o publicado si no es con el

³⁹⁴ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Op.Cit. p.p. 136 – 137.

³⁹⁵ El conjunto de la información genética es el código genético o genoma que es la suma de todos los genes.

³⁹⁶ JIMÉNEZ Sánchez, Gerardo; VALDÉS Olmedo, José C. y SOBERÓN, Guillermo. “Desarrollo de la medicina genómica en México”. Este País, 2002, p.p. 21- 22.

consentimiento del sujeto o sobre la base de una prescripción legal;

g. toda persona tiene acceso a los datos concernientes a su ascendencia.”

De las cuatro manifestaciones que se tratan en este apartado, las dos primeras serían una consecuencia directa del derecho al propio patrimonio genético que a su vez se deriva de la dignidad, la tercera se constituye más bien como una derivación del derecho a la intimidad personal y la última viene a ser una las vertientes del derecho a no ser discriminado³⁹⁷.

5.1 Derecho a la Integridad Genética

El primer derecho a tratar es el derecho a la integridad genética, que se desprende del derecho a la integridad física y moral constitucionalmente reconocido³⁹⁸, tiende a proteger a toda persona frente a las intervenciones, alteraciones o manipulaciones que carecen de consentimiento de su propio genoma. Aun mediando el consentimiento de la persona, las intervenciones genéticas tienen ciertos límites establecidos, pero sin el consentimiento la dignidad humana viene a imponer una exigencia absoluta de no intervención sobre el genoma de una persona³⁹⁹, en pocas palabras este derecho busca proteger la esencia genética, el genoma en toda su dimensión. La integridad, fundamentada en la dignidad humana (quien viene a imponer una exigencia absoluta de no intervención sobre el genoma de una persona), se configura, así, como una derivación del libre desarrollo de la personalidad, y éste como

³⁹⁷ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Op.Cit. p.p. 136 – 137.

³⁹⁸ Derecho fundamental reconocido asimismo, en los textos internacionales, por el que nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes ni física ni moralmente. Su mayor culminación ha supuesto, además de su reconocimiento y garantía constitucional, la tipificación penal de cualquier acción que atente contra dicho derecho.

³⁹⁹ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Op.Cit. p.p. 138.

una concreción de la libertad. En este punto se habla de un derecho al desarrollo del propio yo: de un derecho a ser lo que se es⁴⁰⁰.

Hay que tener en cuenta que, antes de estos descubrimientos y avances biomédicos y genéticos, la integridad genética de cada persona no era susceptible de vulneración ni de gran relevancia, pues no existía el medio para alterar o manipular los genes de una persona, ni había propiamente modo de conocer con detalle sus datos genéticos. Por eso se está ante un supuesto de “nuevos derechos”, cuyo reconocimiento, que se deriva de valores y derechos ya existentes, nunca hasta ahora había resultado necesario realizar de forma expresa y autónoma. Esta nueva manifestación del derecho a la integridad, supondría la inviolabilidad del genoma de cada persona, tanto frente a intervenciones exteriores sobre el mismo como frente al conocimiento de la información genética por terceros o por los poderes públicos, así como frente a actuaciones que pudieran utilizar ese patrimonio genético individual de forma discriminatoria o atentatoria contra otros derechos de la persona⁴⁰¹. Ya sea destinadas a evitar o prevenir las enfermedades en personas aún no nacidas, o a curar o reparar defectos genéticos en las mismas, aun cuando la finalidad terapéutica sigue abogando por su admisibilidad, la ausencia de consentimiento de las personas afectadas, como es el caso del preembrión, la duda sobre las consecuencias futuras de dichas intervenciones y la afectación a los mismos preembiones humanos, provocan que la respuesta a estas prácticas sea en este caso más dudosa⁴⁰², y consideradas en ocasiones como contrarias a su integridad.

A nivel constitucional, se puede hablar de algunas Constituciones que contemplan dicho derecho a la integridad física y moral, como es el caso de la

⁴⁰⁰ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. “*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*”. Op. Cit. p.p. 197 -198.

⁴⁰¹ JIMÉNEZ Sánchez, Gerardo; VALDÉS Olmedo, José C. y SOBERÓN, Guillermo. “*Desarrollo de la medicina genómica en México*”, p. 22.; DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 137.

⁴⁰² Ídem p. 151.

Constitución española en su artículo 15 que estipula que “*todos tienen derecho...a la integridad física y moral*”; la Ley Fundamental de Bonn, en su numeral 2.2 también contiene este derecho, al señalar que todos tiene derecho a la integridad física. En el mismo sentido, el tercer artículo del segundo capítulo, de la Constitución de Suecia de 1976, dice que se protegerá a los ciudadanos en la medida precisada por la ley contra cualquier lesión de su integridad personal; la Constitución chilena, en su artículo 19 menciona que la Constitución asegura a todas las personas: “*El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer*”.

Actualmente son pocas las Constituciones que contemplan en sus textos el derecho a la integridad genética, como es el caso de la Constitución brasileña de 1988, que en el segundo párrafo del primer apartado del artículo 225 señala que se debe “*preservar la integridad del patrimonio genético...*”. Ahora bien, en la Constitución Europea, se encuentra el principio general del respeto a la integridad física y psíquica de la persona, en su artículo II-63, donde se especifican algunos derechos y prohibiciones aplicables en el ámbito de la medicina y de la biología: a) consentimiento libre e informado, b) se prohíben las prácticas eugenésicas, c) queda prohibida la comercialización del cuerpo humano, convirtiéndolo en objeto de lucro, y d) no se permite la clonación reproductiva de seres humanos. Se puede decir que este artículo constituye el núcleo de los principios esenciales que consagra el Proyecto de Constitución Europea en el ámbito de la biomedicina.

En el terreno del Derecho Internacional, gran parte de los textos internacionales de derechos humanos regulan este derecho de manera general, como es el caso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 1º, el artículo 4º de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos. En cuanto a los textos internacionales existentes en el área de la Biomedicina se encuentra por ejemplo el Convenio de Oviedo que contempla en su primer artículo el derecho a la integridad en lo referente a la aplicación de la biología y la medicina, el artículo 3º de la Carta de Derechos

Fundamentales de la Unión Europea contempla también el derecho a la integridad y se lee igual que el artículo II – 63 del Proyecto de Constitución Europea que ya se ha mencionado. Finalmente, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos en su artículo 8 reconoce que *“al aplicar y fomentar el conocimientos científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos...deberán ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos”*.

Resumiendo todo lo anterior, suponen riesgos de lesión a la integridad:

- La consideración de la persona humana, en cualquier fase de desarrollo, o en cualquier nivel de conciencia o de posibilidad de uso de sus facultades naturales como objeto de experimentación supone “cosificar” a la persona humana.
- En todo lo relacionado con lo que se ha denominado “status del preembrión” se enfrenta al riesgo continuo de considerarlo como un mero material de experimentación o incluso un medio terapéutico, desconociendo su carácter humano y lesionando su derecho a la integridad.
- Las prácticas eugenésicas suponen un perentorio riesgo de deshumanización y desintegración del concepto de persona humana

5.2 Derecho a la Identidad Genética

Otro derecho a considerar sería el derecho a la identidad genética; si bien es cierto que las características genéticas no son el único factor que compone la identidad de una persona, es innegable que estas características forman parte de tal identidad. El derecho a la identidad personal⁴⁰³ es considerado uno

⁴⁰³ El conjunto de atributos y características que permiten individualizar e identificar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea uno mismo, diferente a los demás es la identidad.

de los derechos fundamentales, y una de sus dimensiones sería, precisamente hoy en día, la identidad genética; lo cierto es que con el avance genético, y en especial las manipulaciones del genoma, se presentan como un atentado significativo contra este derecho en la medida que se logra su alteración.

La protección de la identidad del ser humano puede hacer referencia tanto a la identidad personal como a la biológica o genética⁴⁰⁴. Si bien es cierto que las características genéticas no son el único factor que compone la identidad de una persona, también es innegable que estas características forman parte de tal identidad. Y si el derecho a la identidad personal puede considerarse un derecho fundamental, una de sus dimensiones sería esta “identidad genética”, que comprendería el derecho a conocer las propias características y elementos genéticos, así como la procedencia de los mismos, sin que se haya producido su previa alteración o manipulación⁴⁰⁵. De hecho se ha llegado a postular como derecho constitucional el derecho a conocer el propio origen biológico, que podría tener cierta relación con esa propia identidad. Lo cierto es que la traducción jurídica de la identidad personal es la dignidad en todos los estadios de su desarrollo vital. Ahora bien, al trasladar el análisis de dicho derecho al ámbito constitucional, se puede observar que la mayoría de las Constituciones no contemplan siquiera de manera general el derecho a la identidad, de hecho sólo la Constitución portuguesa contempla el derecho a la identidad genética en su artículo 26.3, en el que apunta: “*la ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, especialmente en la creación, desarrollo y utilización de la tecnología y en la experimentación científica*”.

En cuanto a los textos internacionales, sólo los documentos internacionales que se centran en el Bioderecho contemplan este derecho, como es el caso del Convenio de Oviedo que se plantea como objetivo y finalidad, en su primer artículo, el proteger la identidad de la persona con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. En la misma línea el artículo 3 de la Declaración

⁴⁰⁴ ROMEO Casabona, Carlos María. “*La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*”. Op. Cit. p. 293.

⁴⁰⁵ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p. 138-139.

Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, dice que *“cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos y conlleva una dimensión de libertad”*, es decir, la identidad de cada persona se forja gracias a la combinación de una serie de factores, pero no queda duda en que la sociedad desempeña un papel primordial en el desarrollo de la misma. Por último, en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano se cuenta con un solo artículo que hace mención de este derecho, primero está el artículo 2 que dice: *“a) cada individuo tiene derecho al respeto a su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas; b) esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”*. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, emitida en La Laguna, en su artículo 3º estipula: *“Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho... al mantenimiento y perpetuación de la humanidad, en las diversas expresiones de su identidad... en particular con actos que comprometen de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética de la humanidad.”*

5.3 Derecho a la Intimidad Genética

El tercer derecho a tratar es el derecho a la intimidad genética, que se deriva del derecho a la intimidad, y también con fundamento en la dignidad de la persona y que se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la protección de datos en materia genética, que serían en realidad derechos que se derivan de los derechos de la vida privada constitucionalmente reconocido, este derecho constituye el límite a la libertad de expresión y de información, básicamente se fundamenta en la protección de la información más personal

del hombre, la genética. Efectivamente, una de las manifestaciones de la intimidad personal sería la protección de aquella información genética que debería considerarse “íntima”, por ejemplo, toda la información genética relativa a riesgo de padecer enfermedades o patologías determinadas, y la consiguiente imposibilidad de que la misma sea conocida por terceros, así la protección de datos genéticos es el resultado de la evolución de la intimidad genética⁴⁰⁶.

El entendimiento del derecho a la intimidad en un sentido amplio ofrece la suficiente flexibilidad como para brindar una protección del más alto rango frente a ataques que puedan surgir por nuevos avances de la técnica que fueron imprevistos para el constituyente o el legislador. Un buen ejemplo de ello lo ofrece el caso de la Genética en la actualidad, que es la nueva frontera del derecho a la intimidad⁴⁰⁷.

El uso indebido de la enorme cantidad de información que sobre una persona puede proporcionar el conocimiento de su información genética puede suponer la atropello de su derecho a la intimidad personal y a su propia identidad; el derecho fundamental a la intimidad debería convertirse en este caso en un derecho a la intimidad genética. Derecho a la intimidad genética, es el derecho a determinar las condiciones, límites y formas de recolección, tratamiento, utilización y conservación de la información genética de una persona o grupo de individuos⁴⁰⁸. El derecho a la intimidad genética implica así que el titular puede exigir que los poderes públicos tomen las correspondientes medidas para garantizar que su información genética no pueda ser accesible a nadie o para que sólo pueda ser empleada para los fines para los que el titular consintió⁴⁰⁹. El estudio del material genético de un individuo, mediante el cribado genético y las pruebas genéticas predictivas, revela la predisposición a

⁴⁰⁶ Ídem p. 140.

⁴⁰⁷ DE DIENHEIM Barriguet, Cuauhtémoc Manuel. “*El Derecho a la Intimidad, al Honor y a la Propia Imagen*” Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2001, p.p. 1-7.

⁴⁰⁸ BRENA Sesma, Ingrid. “*Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México*”. Op. Cit. p. 299.

⁴⁰⁹ RUIZ Miguel, Carlos. “*La nueva frontera del Derecho a la intimidad: genética y dignidad*”. Revista de Derecho y Genoma Humano, no. 14, 2001, p.p. 147-170.

sufrir enfermedades genéticas, que las personas podrán o no tener interés en conocer, querrán no desvelar y resguardar de otros sujetos interesados en conocerlos o explotarlos económicamente.

El problema estriba en determinar si el sujeto activo del derecho a la intimidad genética es la “persona” física (entendiendo como tal al nacido) y si es titular de este derecho, la conclusión que se extrae es que habría seres que objetiva, científicamente, pueden calificarse de “seres humanos” en cuanto poseedores de un “genoma humano” que, sin embargo, no tendrían un interés jurídicamente protegido a la inmunidad de su genoma. Se puede formular un paralelo entre el derecho a la intimidad genética y el derecho a la vida. Este último contiene diversas graduaciones en su protección -preembrión, embrión, feto, nacido- siendo titular del mismo a todos los efectos sólo el “nacido”⁴¹⁰.

Si se optara por adoptar la propuesta de algunos juristas que proponen conceder el derecho de intimidad genética sólo al “nacido”, se estaría frente a la posibilidad de manipulaciones genéticas en todos los seres no nacidos. Si en favor de la propuesta de protección escalonada de la intimidad genética y de la vida, se dijese que las manipulaciones o intervenciones genéticas sólo se admitirían con carácter “terapéutico” se estaría frente a un inconfeso reconocimiento de la “selección natural” pues está claro que si los diagnósticos prenatales permiten legalizar un aborto que evita a los “peores” seres humanos por eliminación, los diagnósticos genéticos preimplantarios permiten elegir el “mejor” de los embriones por selección⁴¹¹. Por otro lado, Si se reconoce el derecho a la intimidad genética a todos los seres humanos, se plantearía el problema de quien debiera otorgar el consentimiento en el supuesto de los llamados “preembriones”. En este caso, tal consentimiento debiera ser otorgado por los “padres”⁴¹².

⁴¹⁰ Ibidem.

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² MARTÍNEZ Bullé Goyri, Victor M. “*Genética Humana y Derecho a la Vida Privada*”. Diagnóstico Genético y Derechos Humanos. Cuadernos Interdisciplinarios, UNAM, México, 1998, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/82/2.htm>; RUIZ Miguel, Carlos. Op. Cit. p.p. 147-170.

Los problemas que surgen parecen ser insalvables a menos que se reconozca el derecho a la intimidad genética a todo ser humano sea cual sea el momento de su vida. Cuestión distinta, y no baladí, es la determinación de cuando se puede hablar de “ser humano” individualizado en el momento, aunque cabría alegar que hay ya “vida humana” antes, aunque aún no sepamos si pueden ser uno o más seres humanos; igualmente hay quienes consideran que sólo existe el “ser humano” cuando existen cierta actividad neuronal. En tanto en cuanto o no exista una respuesta clara, debe hablarse de “ser humano” desde el momento de la concepción, en consecuencia, todo ser dotado de genoma humano diferenciado debe ser considerado, al menos provisionalmente, como ser humano⁴¹³.

Una de las manifestaciones de la intimidad personal sería la protección de aquella información genética que deba considerarse como “íntima” y la consiguiente imposibilidad de que la misma sea conocida por terceros, salvo consentimiento de la persona afectada, o salvo que este derecho deba ceder frente a otros en caso de colisión, siempre que exista una resolución judicial que así lo determine, aunque las implicaciones del genoma y del patrimonio genético sobre los derechos de la vida privada pueden ser más amplias. Vida privada e intimidad: lo que no es o no se quiere que sea de general conocimiento. El tratamiento automatizado de los datos permite relacionar y entrelazar la información y dibujar así un retrato de la personalidad de aquel a quien se refiere, de sus aficiones, comportamientos, gustos, enfermedades o dolencias.

Para algunos, la intimidad genética carece de entidad suficiente para adquirir autonomía y más bien se incardina en la intimidad personal y familiar y, en lo que no abarca éste, en el derecho a la vida y a la integridad física y moral. La intimidad genética se constituiría como el “derecho a determinar las condiciones del acceso a la información que las técnicas genéticas han

⁴¹³ MARTÍNEZ Bullé Goyri, Victor M. Op. Cit.

proporcionado y que las tecnologías informáticas permiten almacenar⁴¹⁴. En cuanto a la protección de datos, al igual que sucede con carácter general, sería más amplia en su objeto, ya que afecta a todos los datos personales, y por tanto a todos los datos genéticos sin exclusión, pero más estricta en sus condiciones o circunstancias de aplicación, pues se protegen los datos registrados en un soporte físico susceptible de tratamiento, lo que implica organización y relación con otros datos.

El derecho a la intimidad genética encuentra su fundamento en diversos textos nacionales e internacionales. En la Constitución, si bien no se halla expresamente recogido, puede derivarse del derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad genética se constituye como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética. El contenido del derecho se configura así sobre dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo de la intimidad lo constituye aquel espacio, zona, esfera o dato que no es público; este elemento lo constituye el genoma humano en última instancia y, por derivación, cualquier tejido o parte del cuerpo humano en el que se encuentre esa información genética. Por otro lado, el elemento subjetivo lo constituye la voluntad del sujeto de determinar quién y en qué condiciones puede acceder a la información sobre su genoma, por lo que lo constituye la “autodeterminación informativa”⁴¹⁵.

En algunas Constituciones se contemplan dicho derecho, como es el caso de la Constitución española que en su artículo 18.1 garantiza el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, y más adelante, en el artículo 20.4 señala que las libertades encuentran su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen. La Constitución de Rusia en el artículo 24.1 prohíbe reunir, guardar, utilizar y difundir contra la voluntad del individuo información sobre su vida privada; la Constitución portuguesa en el artículo 35.2 que dice que “*la ley define el concepto de datos personales, así como las*

⁴¹⁴ MARTÍN Sanjuan, Cristina. “*Cribando genético: el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad*”. En *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, 2003. P. 320.

⁴¹⁵ RUIZ Miguel, Carlos. Op. Cit. p.p. 147-170.

condiciones aplicables a su tratamiento automatizado, conexión, transmisión y utilización, y garantiza su protección...". En caso de la Constitución mexicana, en primer lugar se tiene encuentra el artículo 6, fracción segunda, que dice que *"la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes"*, más adelante, el artículo 7º apunta que el derecho a escribir y publicar tiene como límite el respeto a la vida privada, finalmente, el artículo 16, la piedra angular de la garantía de legalidad, reconoce, en su segundo párrafo que *"toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales"*, este párrafo fue recientemente incorporado al texto constitucional en las últimas reformas hechas a la Constitución. La Constitución de Brasil también hace mención, en su artículo 5.10 de la inviolabilidad de la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas.

Por último, el Proyecto de Constitución Europea contempla en tres de sus artículos estos derechos, en primer lugar el artículo I – 51 respeta el derecho de toda persona *"a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan"* por la ley e instituciones de la Unión; el II – 67 contempla el respeto a la vida privada; y el artículo II – 68 reconoce el derecho que tienen las personas a la protección de sus datos personales, correlacionado con el derecho a la intimidad, y por eso se encuentra entre los derechos fundamentales y libertades de la Unión Europea. La protección que contempla el proyecto de la Constitución Europea evidentemente se extiende al ámbito bioético, por abarcar no sólo los datos personales, sino también los relativos a la salud de la persona y, más específicamente, a su información genética personal⁴¹⁶.

Dejando a un lado el análisis de los textos constitucionales, es menester pasar al análisis de dichos derecho en los textos internacionales. El Convenio de Oviedo lo trata de manera general y establece, en el primer apartado de su artículo décimo estipula que *"Toda persona tendrá derecho a que se respete su*

⁴¹⁶ Privacidad genética

vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud". La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea estipula en su artículo 7 que *"toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada"*, y en el siguiente artículo señala que *"toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan"*. En realidad, el único texto, tanto a nivel constitucional como internacional, que contempla específicamente la intimidad o confidencialidad de los datos genéticos viene a ser la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, que en su artículo 7º indica que *"se deberá proteger en las condiciones estipuladas por ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad"*.

Lo cierto es que después de una cuidadosa lectura tanto de las Constituciones como de diversos instrumentos jurídicos de carácter internacional se puede concluir que el derecho a la intimidad, tal y como se encuentra formulado en los textos jurídicos no parece constituir ninguna amenaza para el derecho a la vida.

5.4 Derecho a la no Discriminación en base a las Características Genéticas

Finalmente, el último derecho es el derecho a la no discriminación por razón de las características genéticas. A través del reconocimiento de este derecho se pretende evitar el *genoismo* o discriminación genética y el rechazo al determinismo genético, que es aquella corriente que tiende a fijar efectos o consecuencias tomando como punto de partida las características biogenéticas de las personas. Muchas de las Constituciones modernas contemplan el derecho a la no discriminación de manera genérica, enlistando una serie de características por las que los individuos se considerarán igual y no podrán ser discriminados, como es a razón de la raza, sexo, religión, opiniones, nacionalidad y cualquier otra razón que atente contra la igualdad. Y es

precisamente en estas últimas palabras de “cualquier otra razón”, donde se encuentran las características genéticas, que actualmente no se encuentran contempladas de manera explícita en ningún texto constitucional.

El principio de igualdad⁴¹⁷ y no discriminación se encuentra en la base el principio general de respeto recíproco, sobre el que se asienta la justicia y, por tanto, todos los demás derechos fundamentales. Los avances en biomedicina pueden producir graves quiebras en el respeto al principio al de no discriminación, entre ellas:

- Los avances en el conocimiento del genoma humano suponen el incremento exponencial de la posibilidad de que produzcan flagrantes discriminaciones entre sujetos en atención, únicamente, a su patrimonio genético. Por ello, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos se encarga de establecer categóricamente en su artículo 2 que “*cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos cualesquiera que sean sus características genéticas*”,

⁴¹⁷ Aunque hoy el principio de igualdad pueda parecer algo tan obvio, tan evidente, que su mención como fundamento de la ordenación jurídica resulte ocioso, no ha sido así durante la casi totalidad de la historia de la convivencia humana. El punto de partida para la explicación del poder antes del Estado Constitucional ha sido *siempre* la *desigualdad no sólo de facto sino también de iure*. Los hombres han sido considerados siempre a lo largo de la historia como *desiguales por naturaleza*. De ahí que las relaciones de dominación y subordinación personal entre unos y otros se consideraran naturales. En PÉREZ Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Decimocuarta Edición, Marcial Pons, 2004, p. 34. De un rápido repaso de la historia de la humanidad queda claro que siempre ha habido una o varias ideologías encargadas de explicar y justificar cada una de las atrocidades humanas cometidas por las propias civilizaciones. Así, el *genocidio indígena americano* o el *tráfico de millones de hombres africanos* tuvieron sus ideologías de justificación, como también lo tuvo *el colonialismo más cruel y explotador*. Cuando ya no pudo someterse a un pueblo afirmando la superioridad del conquistador o del colonizador sobre la base religiosa, se “*inventó*” la antropología, para reafirmar que las sociedades colonialistas eran más “*evolucionadas*” que las colonizadas, argumento con el que se encubrieron todas las empresas de explotación colonial. En MUÑOZ Conde, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Editorial Temis. Reimpresión de la Segunda Edición. Bogotá - Colombia, 2004, p. 25. Lo cierto es que siempre habrá alguna teoría o ideología que trate de explicar la desigualdad entre los seres humanos y justifique la subordinación de un grupo sobre otro, antaño esa justificación se encontraba en la necesidad de evangelizar poblaciones consideradas paganas o bárbaras, la obtención de mejores recursos y fuerza de trabajo, etcétera, cada explotación o conquista estaba justificada por la necesidad del momento, de ahí que ninguna pudiera detenerse en obstáculos formales y se orientaran simplemente en su propio derecho natural. Hoy en día la desigualdad y subordinación sigue latente, en los temas de avances biomédicos se podría considerar que el preembrión se encuentra subordinado a las necesidades de las personas, evidenciando su desigualdad.

estableciendo asimismo que *“nadie podrá ser objeto de discriminación fundada en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”*.

- Las técnicas de reproducción asistida, por cuanto que generan preembriones humanos, en exceso que, al no poder ser utilizados para su reimplantación en el útero de la gestante, van a ser generadores de un problema en cuanto a su mantenimiento (congelación), destrucción o uso para la investigación científica. Supone una discriminación esta distinción entre preembriones que no merecen protección y el embrión que ya ha sido implantado, dependiendo todo ello si a este preembrión se le va a considerar un simple conglomerado de células o un individuo humano susceptible de algún tipo de protección jurídica.
- La manipulación genética de carácter perfectivo o eugenésico, en cuanto que puede suponer la selección de individuos en orden a sus cualidades genéticas, con el rechazo de los que no alcancen determinadas características o las técnicas de selección de sexo, suponen otras violaciones de los principios de igualdad y no discriminación. No se puede “personalizar” a un ser humano como se haría con un objeto, pues esto supondría cosificar a la persona.

Si el preembrión es un ser humano, un diagnóstico o cualquier tipo de investigación científica que pueda suponer su sentencia de muerte se convierte en una discriminación en razón de su patrimonio genético totalmente aberrante e injusta, pero si el preembrión no es un ser humano un diagnóstico de este tipo no ofrece problema legal alguno y su moratoria legal sería expresión de una normativa represora a la libertad de investigación y de la práctica profesional sanitaria⁴¹⁸. Técnicas como el DGP⁴¹⁹ supone una discriminación del ser humano en razón de determinada condición genética, pues lejos de suponer el inicio de un proceso terapéutico de la enfermedad conlleva la

⁴¹⁸ VIVANCO, Luis; et. al. *“Valoración Bioética y Biojurídica del Diagnóstico Genético Preimplantario en España”*. En Cuadernos de Bioética, no. 21, 2010, p.p. 218-219.

⁴¹⁹ El diagnóstico genético preimplantario ha sido un tema controvertido debido al impacto que tiene sobre los embriones y la selección de embriones en base a su calidad genética.

eliminación del enfermo como mecanismo de erradicación de una patología dentro de la sociedad⁴²⁰. Igualdad, como derecho humano y lucha histórica del hombre, puede verse afectada por el diagnóstico genético al permitir discriminaciones con una base aparentemente científica⁴²¹.

Algunos ejemplos de Constituciones que se han analizado y que contemplan el derecho de no discriminación son, la Constitución española en su artículo 14, donde señala que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*; también la Constitución de Suecia hace referencia a dicho derecho, en su artículo 15 donde dice que *“ninguna disposición legal o reglamentaria podrá implicar que un ciudadano sea discriminado en razón de su raza, del color de la piel o de su origen étnico si pertenece a una minoría”*, y en el siguiente artículo contempla la no discriminación a razón del sexo. Suiza, en su Constitución sitúa el derecho a la igualdad y a no ser discriminado en el mismo artículo, en el artículo 8º; el primer párrafo lo dedica a establecer la igualdad entre las personas, y el segundo párrafo es el que dice que *“nadie puede ser discriminado por razón de origen, raza, sexo, edad, idioma, posición social, forma de vida, creencias religiosas, ideológicas o políticas o por incapacidades físicas, mentales o psíquicas”*. La legislación belga a su vez sitúa este derecho en su artículo 11, donde se limita a decir que el goce de los derechos y las libertades se deberá asegurar sin discriminación. Portugal, en su artículo 26 constitucional contempla una serie de derechos humanos, como es el derecho a la imagen, al desarrollo de la personalidad, a la identidad personal, entre otros, y al final del primer párrafo otorga a la persona la protección legal contra cualquier forma de discriminación.

En el continente americano, México y Brasil contemplan en sus respectivas Constituciones este derecho fundamental. El artículo 1º de la Constitución mexicana, después de la última reforma publicada en el Diario Oficial de la

⁴²⁰ VIVANCO, Luis; et. al. Op. Cit. p. 230.

⁴²¹ NIETO Castillo, Santiago. Op. Cit. p. 123.

Federación el 29 de julio del 2010, prohíbe *“toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”*. Por su parte, Brasil, en su artículo 2.4 señala que los poderes de la Unión deben promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación.

Por último, las Constituciones de Turquía e India también reconocen la relevancia de este particular derecho. El primero, lo encierra en su artículo décimo: *“Todas las personas son iguales sin ningún tipo de discriminación ante la ley, independientemente del idioma, raza, color, sexo, opinión política, creencias filosóficas, religión y secta, o cualquier otra consideración”*. En India, la Constitución prohíbe, en su artículo 15, la discriminación por motivos de religión, raza, casta, sexo o lugar de nacimiento, por parte del Estado.

En el plano internacional, se encuentra el proyecto de la Constitución Europea que en su artículo II – 81 declara que *“se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”*. El Convenio de Oviedo sostiene en su artículo 11 que queda prohibida *“toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”*; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también prohíbe *“toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”* en su numeral 21. La Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos establece la necesidad de *“proteger en las condiciones estipuladas por ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con*

una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad” y en su artículo 6º señala que “Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”. Finalmente, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, en su artículo 7º sobre la no discriminación y no estigmatización sostiene que se debe siempre hacer “todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos⁴²² humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia, un grupo o comunidades”.

En conclusión, se puede decir que la aportación más significativa de los textos internacionales y de las constituciones, es negar el reduccionismo genético, es decir, rechazar la idea de un "todo genético" que procure imputar todos los comportamientos humanos, individuales y sociales al sólo determinismo biológico, con ello se fija los límites a la discriminación por razones de la sobrestimación biogenética.

5.5 Los Nuevos Derechos y el Preembrión

Relacionado al preembrión, se puede concluir que con su uso en la investigación y experimentación científica, evidentemente se vulnera su derecho a la integridad física, en primer lugar, pues se corre el riesgo de lesionarlo e inclusive de matarlo. Y en segundo lugar también queda vulnerado su derecho a la integridad genética, pues muchas veces se manipulan sus genes, alterándolos con el fin de que beneficien a terceras personas. Este último punto está estrechamente relacionado con la violación del derecho de identidad genética, pues en aras de servir como un mero medio para terceros

⁴²² Estudio de las proteínas, en particular de su estructura y función.

al preembrión se le altera su identidad genética, con el fin de que la estructura genética sea la óptima para los fines que persigue la investigación. Este sería el caso de los “bebés medicamento”.

No puede existir consentimiento del preembrión a dichas intervenciones y manipulaciones, se puede decir que el consentimiento lo otorgan los progenitores, quedando el derecho del preembrión subrogado a la voluntad, muchas veces, cambiante de los progenitores. Es por eso que es el Estado quien debe garantizar el derecho a la integridad e identidad genética del preembrión, debe evitarse la estigmatización social de los individuos por la información genética que poseen.

En cuanto a la protección de datos genético, o el derecho a la intimidad genética, ciertamente sean los datos genéticos los únicos o más importantes que tiene el preembrión. En definitiva no es el derecho más importante con el que puede contar, pero el atropello de este derecho es de manera indirecta un atropello a la dignidad, que en menor medida se le concede. Así, se debe proteger el derecho a no ser discriminado por las características genéticas.

Como se habla de racismo, sexismo, etcétera, ahora se habla de genoismo. Relacionando esto con el preembrión, se podría volver al ejemplo del “bebé medicamento”, donde varios preembriones son examinados cuidadosamente para desechar los que no cumplan con las características genéticas específicas, esto es, son discriminados y desechados. La selección de preembriones se traduce en la consiguiente eliminación de aquellos preembriones que, o bien no cumplen las condiciones exigidas por el solicitante del servicio de reproducción, o bien si existe un riesgo de que presenten alguna tara o deficiencia física. Esto lleva a considerar al ser humano como objeto, y se le evalúa en función de su calidad, como mera mercancía, donde se desecha a los “defectuosos”. Lo anterior violaría, en principio, el mismísimo derecho a la vida, y la dignidad del preembrión, pues tras un proceso de

selección de calificarlo como “apto”, lo cierto es que ha quedado despojado de cualquier dignidad.

La Organización Mundial de la Salud emite en 1988 el Código Internacional de Conducta en materia de Tecnología de Reproducción Humana, donde cabe sobresaltar los siguientes puntos: a) la garantía de seguridad del material genético humano; b) la dignidad del ser humano; c) la inviolabilidad de la persona humana; y d) la inalienabilidad del cuerpo humano. La ciencia y la tecnología han avanzado mucho desde entonces, pero queda claro que desde entonces se tiene claro los bienes jurídicos que habrían de ser tutelados en todo momento y que no deberían comprometerse en aras del progreso, y que dichos estándares deben aplicarse también al preembrión, es por eso que con el avance de la tecnología el Derecho también ha tenido que avanzar y adaptarse a los nuevos retos que presentan las nuevas tecnologías biomédicas. Es por esto que hoy se debate entre crear nuevos derechos o simplemente considerar que los derechos ya existentes cuentan ahora con nuevas dimensiones.

Del análisis de algunos ordenamientos comparados se puede concluir que los “nuevos derechos” siempre acaban alcanzando, por una u otra vía, protección jurídica. El análisis de los diversos textos internacionales, por su parte, dan fe de que en algunos casos la incorporación de estos “nuevos derechos” se ha producido antes a nivel internacional que en algunos sistemas constitucionales⁴²³, pero es que hoy en día el escenario internacional parece ser el elegido a la hora de avanzar con mayor celeridad en estos temas. Lo que resulta innegable es que esta serie de nuevos derecho, o nuevas dimensiones de derechos, resultan interesantes a la hora de plantearse el catálogo de derecho que se les ha de conceder al preembrión, en mayor o menor medida, aunque en realidad estos derechos se encuentran sujetos a derechos de mayor jerarquía como lo son el de la vida y la dignidad.

⁴²³ REVENGA Sánchez, Miguel. Op. Cit. 107-108; DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 214.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO Y EL PREEMBRIÓN

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO Y EL PREEMBRIÓN

1. Protección del Preembrión desde la Perspectiva del Derecho Comparado

En diversos países del mundo se han tomado decisiones legislativas relacionadas con la protección del preembrión, a fin de evitar manipulaciones indeseables. A pesar de esto, como se irá apreciando a lo largo del presente capítulo, la regulación de la investigación con preembriones es una normativa que se caracteriza por ser esencialmente temporal y variable, pues requiere de modificaciones que la adapten permanentemente a circunstancias no previstas, que van surgiendo y generando lagunas.

Existen principalmente dos grupos de legislaciones en materia de bioética, con posiciones totalmente opuestas. Hay quienes consideran que estos dos grupos reflejan un conflicto entre lo que se podría llamar, por un lado, la “primacía del libre acceso a las técnicas” y, por el otro lado, la “primacía de la protección de la vida embrionaria y del interés del menor”. En el primer grupo la idea dominante es la de la permisibilidad de las diversas variantes de técnicas biomédicas. La vida humana embrionaria no es considerada merecedora de una protección particular, y por ello se autoriza la selección, congelamiento y destrucción de los embriones resultantes de la fecundación *in vitro*, e incluso su uso con fines de experimentación. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de legislación son las leyes españolas 35/1988 y 42/1988 (hoy sustituidas por la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y la ley 14/2007) y la ley británica de 1990 (*Human Fertilisation and Embryology Act*). El segundo

grupo, si bien acepta dichas técnicas, intentan encontrar un equilibrio entre éstas y la exigencia ético-jurídica de brindar un mínimo de protección a la vida humana embrionaria y de tutelar los intereses del ser concebido a través de dichas técnicas. Dentro de este grupo de legislaciones, destacan la ley alemana de protección de los embriones de 1990, y las leyes adoptadas en Austria en 1992 (Ley de medicina de la reproducción, *Fortpflanzungsmedizingesetz*) y en Italia en 2004 (Ley 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*)⁴²⁴.

Ciertamente existe diferencias importantes entre las legislaciones de los diferentes Estados en lo concerniente al uso y aplicación de la biotecnología y la medicina genómica, sobre todo cuando se trata del uso, crioconservación e investigación con los preembriones. Las respuestas varían notablemente. Estados Unidos, el Reino Unido, Bélgica e Israel han sido países más bien permisivos en cuanto al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y la investigación en área de la biomedicina; Alemania, Italia, Irlanda y Austria por el contrario, han adoptado posturas más bien restrictivas; España, Francia y Canadá se encuentran en una posición intermedia, no restringen el avance de la ciencia pero son cautelosos al legislar al respecto⁴²⁵.

La mayoría de las legislaciones en el Derecho Comparado se sitúan en un punto intermedio entre dos “polos”, consideran que el preembrión no es ni un ser humano completo ni una cosa, sino “ser humano en potencia”, que estarían marcados por la legislación más permisiva (la del Reino Unido) y la más restrictiva (Alemania). Por poner un ejemplo, mientras algunos países, como Estados Unidos, han optado por limitar la financiación pública, el periodo de tiempo y los efectos y propósitos de la investigación con preembriones, Alemania se encuentra prácticamente sola entre los principales países desarrollados al imponer una prohibición cerca de total en el uso de embriones en la investigación.

.

⁴²⁴ ANDORNO, Roberto. “*Técnicas de Procreación Asistida*”. Op. Cit. p.p. 197-198.

⁴²⁵ Ídem p. 191.

El objetivo de la presente sección es estudiar una lista taxativa de países, pues supera los propósitos de esta investigación analizar las legislaciones de cada uno de los países en los que se hayan debatido el status que se le debiera otorgar al preembrión. Por lo que a lo largo de este apartado se hará un breve análisis de una serie de legislaciones, de sus aportaciones y posturas a lo largo del debate que ha despertado el continuo avance de la ciencia en el ámbito de la investigación con seres humanos, específicamente con preembriones. Excedería del objetivo de este trabajo realizar un pormenorizado estudio de todas y cada una de las legislaciones existentes en la materia de los diferentes países, por lo que, se centró en la visión de los países más punteros como Alemania, Estados Unidos y Reino Unido, y también se estudia la legislación de México no sólo por la proximidad geográfica que comparte con Estados Unidos⁴²⁶, sino también por los lazos históricos y culturales que le atan a España –cuya legislación se estudiará en el próximo capítulo-, y puesto que dichas circunstancias moldean su sociedad y cultura y sobre todo han influido en su cuerpo legal, además es un claro ejemplo de la carencia normativa que presentan los países latinoamericanos en la materia, ya que los países latinoamericanos, a diferencia de los europeos, carecen de una normativa sistemática sobre procreación asistida, en la mayoría de los casos se encuentran algunos principios generales aplicables a la materia en los Códigos Civiles y Penales, o incluso en las Constituciones. Este estudio ha brindado una panorámica bastante aproximada del marco legislativo de estos países en relación a la investigación con preembriones

⁴²⁶ Pero no es sólo la proximidad geográfica, esos tres mil kilómetros de frontera, o los mil millones de dólares diarios resultantes del comercio diario lo que une a México con Estados Unidos, es también la compleja historia común que tienen estos dos países vecinos y que hasta la fecha sigue moldeando sus culturas. Existe un complicado entramado social entre ambos países, muchos estadounidenses viven en México y muchos mexicanos migran a Estados Unidos, entrelazando y enriqueciendo ambas culturas. Pero es innegable, que en cuestiones tecnológicas y científicas Estados Unidos se encuentra más avanzado que México, pues dispone de mayores recursos que éste último, aunado a lo interior, debido a los pocos recursos que se destinan a la investigación en México existe una “fuga de cerebros” y éstos tienden a buscar apoyo en Estados Unidos. Todos estos movimientos por parte de la sociedad tiene repercusiones jurídicas, y México empieza a ver el impacto que tienen estos avances y se ve en la necesidad de comenzar en legislar en la materia.

Resulta innegable el hecho de que el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y de la medicina biogenética ha producido serios conflictos legales en diversos países. La idea es que en la comparación de diversas legislaciones se analicen las similitudes y las diferencias entre ellas lo cual dará lugar a una mejor comprensión de cada sistema y de esta manera poder generar ideas tendientes a mejorar las legislaciones y no sólo dejarlo en un plano de mera exposición de preocupaciones. El siguiente ejercicio comparativo de legislaciones tiene por objeto demostrar que, aunque hay un alto grado de coincidencia en muchas áreas, también existen importantes diferencias a la hora de abordar temas como es el status de preembrión.

Como se ha analizado y se analizará a lo largo del presente capítulo, tanto foros nacionales e internacionales como las sociedades que han tenido la oportunidad de expresar su opinión en relación con los procesos de fecundación in vitro, la investigación con embriones, la creación de éstos últimos con el propósito de destinarlos a la investigación, con pocas excepciones, han disminuido e incluso erradicado el uso del término “preembrión”, y lo mismo ocurre en las publicaciones científicas. De hecho, históricamente hablando, en casi todos los casos existen informes precedentes en los que señalan recomendaciones sobre lo que debería prohibirse, como son los casos del Informe *Benda* en Alemania (1986), el Informe Palacios en España (1986), en Gran Bretaña, la *Human Fertilisation and Embryology Act*, de 1990, que es el producto del Informe Warnock (1984), seguido del Informe del Departamento de Salud y Seguridad Social⁴²⁷. Sin embargo, actualmente continúa el constante ataque a la individualidad biológica y la personalidad del embrión, usando más o menos los mismos argumentos que se han venido usando, pero sin la necesidad de utilizar artilugios lingüísticos como es la palabra “preembrón” para reforzar esta postura.

⁴²⁷ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual*”. Op.Cit. p.p. 2 – 27.

2. Alemania

En Alemania, a lo largo de los últimos años, el cambio en materia legal se ha enfocado en el reconocimiento de la dignidad de toda persona y otorgarle un lugar de honor dentro de la sociedad⁴²⁸. Sin lugar a duda, Alemania resulta ser un caso especialmente interesante. No solamente es el país más poblado de Europa sino que también tiene una tradición científica bastante rica que sugiere que debiera ser uno de los países pioneros en los adelantos de la tecnología en la biomedicina y genética. La historia de Alemania en el plano de la ciencia y el abuso a los derechos humanos es lo que ha hecho a este país un tanto cauteloso a la hora de controlar el avance científico en estas áreas. Es por eso que Alemania restringe, aún más que otros países, la investigación con preembriones, convirtiéndose en la legislación más conservadora a nivel internacional⁴²⁹.

2.1 Contexto histórico y político

El fuerte rechazo hacia los abusos cometidos durante el Nacismo y la experiencia lacerante del Holocausto también han marcado en gran medida la pauta para legislar actualmente en materia de uso de las tecnologías genéticas y biomédicas. Los usos antiguos de la ciencia médica y la genética inspiraron una profunda aversión por parte de la sociedad alemana hacia los usos de la ciencia genética para clasificar y otorgar derechos a las personas y así las tecnologías reproductivas y médicas que controlan las etapas tempranas de la vida humana. Es comprensible las preocupaciones que el pueblo alemán comparte debido a los programas Nazis de esterilización obligatoria, eutanasia, y genocidio basados en las características genéticas o identidad étnica, dichas preocupaciones siguen latentes en la memoria colectiva del pueblo alemán.

⁴²⁸ Ídem p. 194.

⁴²⁹ Ídem p. 192.

En Alemania quedan latentes los estigmas que ha dejado en su sociedad los sucesos de una historia aún no olvidada ni superada pues desde el final de la Segunda Guerra Mundial viene poniendo en manifiesto que cuenta con un gran sistema democrático y por ende es y será referente a nivel mundial de un espacio de libertad y respeto a los derechos y valores humanos fundamentales, constituyéndose como el primero en repudiar y despremiar un periodo histórico que nunca deberá repetirse. El orgullo de la Alemania democrática se constituye como el motor nacional alemán. A raíz de esto, y teniendo en cuenta el paso del tiempo, ciertamente Alemania puede y debe, sin albergar ningún miedo, constituirse como líder y pionero en la investigación biomédica, así como convertirse en el motor europeo dentro del estricto respeto a las normas democráticas y de respeto absoluto a los derechos fundamentales. El desarrollo científico alemán, en particular, como motor de la ciencia en el ámbito europeo, debe desarrollarse en el más absoluto respeto a los derechos fundamentales y parámetros democráticos como ha venido haciendo en las últimas décadas⁴³⁰.

Frecuentemente es constatable la existencia de una doble moral en ciertos países desarrollados donde se prohíbe la clonación terapéutica a la vez que se autoriza, e incluso subvenciona, la investigación con líneas celulares obtenidas de preembriones humanos conseguidos mediante la importación de otros países, como es el caso de Alemania⁴³¹. El interés de estudiar la legislación alemana en materia de bioderecho radica en que Alemania posee una de las legislaciones más protectoras y conservadoras del preembrión, seguramente porque el recuerdo de la barbarie nazi aún no se ha borrado de la “conciencia colectiva”⁴³². En realidad, la discusión en torno al uso de embriones, y/o preembriones, en la investigación, está ligada a la historia alemana, particularmente en lo relacionado con la experiencia del Tercer *Reich*

⁴³⁰ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p.p. 145-146.

⁴³¹ CASADO, María. Op. Cit. p. 18.

⁴³² GARROTE Fernández – Díez, Ignacio. “*El Resurgir del Golem: La Clonación de Preembriones Humanos con Fines Terapéuticos y el Concepto de Persona. Aspectos Éticos, Constitucionales y Jurídico – Privados*”. Derecho Privado y Constitución, No. 15, 2001, p.p. 181 – 182.

y de los experimentos eugenésicos nazis con embriones. Centrados en este contexto estuvo el argumento de que todo tenía que ser hecho para evitar los garrafales errores cometidos en el pasado. Alemania tiene una responsabilidad especial en este aspecto, aun cuando honrar esta responsabilidad significa sacrificar ciertos objetivos científicos y económicos⁴³³.

En el caso alemán inciden dos factores que lo sitúan en el extremo conservador, por un lado el carácter histórico, que ya se ha analizado, y, por otro lado, el de naturaleza filosófica. Atendiendo al punto de vista filosófico, merece resaltar el importante papel que en relación con el particular guarda el concepto de dignidad. Si se extiende este concepto al preembrión como génesis del proceso vital, resulta incuestionable la necesidad de investirle de la máxima protección, no permitiendo su destrucción e instrumentalización para lograr objetivos ajenos a ellos⁴³⁴.

Algunas actividades político-jurídicas que se han desarrollado en Alemania a través de los años, con la finalidad de legislar en la materia son:

- La Comisión Benda, que se creó en mayo de 1984 por los ministros federales de Investigación y tecnología y de Justicia, con el mandato de “Grupo de trabajo para la fecundación asistida, análisis genómico y terapia genética”. La labor del grupo, finalizada en 1985, estuvo constituido exclusivamente por científicos.
- La propuesta elaborada por la Comisión de Encuesta nombrada por el Parlamento Federal para investigar las “Posibilidades y riesgos de la ingeniería genética”; dicha Comisión fue compuesta por diputados federales y expertos.
- En abril de 1986, el ministro de Justicia presentó un Anteproyecto de Ley para la Protección de Embriones (*Embryonenschutzgesetz*), este anteproyecto se basa principalmente en el Informe de la Comisión Benda, pero su naturaleza es puramente penal.

⁴³³ GOTTWEIS, Herbert. “*Stem Cell Policies in the United States and in Germany: Between Bioethics and Regulation*”. Policy Studies Journal, Vol. 30, No. 4, 2002, p. 460.

⁴³⁴ URRUELA Mora, Asier. Op. Cit. p. 161.

- Cabe mencionar las “Directrices para la práctica de la fecundación asistida o *in vitro* y el trasplante de embriones como terapia de la esterilidad humana”, elaboradas por el Consejo Asesor Científico del Colegio Federal de Médicos en mayo de 1985, así como las “Directrices para la investigación de embriones humanos en una fase precoz”, propuestas por el mismo organismo en el mes de diciembre de 1985, pero dichas directrices carecen de toda sanción penal y se limitan a ser un compromiso ético-médico y profesional que asume la profesión médica a quienes van dirigidas⁴³⁵.

El debate alemán estaba y está dominado por la cuestión del status óntico⁴³⁶ del embrión humano en la primera fase de su desarrollo (las dos primeras semanas). Al respecto destacan dos posturas fundamentalmente opuestas:

- ✚ La Primera: toma al embrión humano joven como ser humano que puede desarrollarse y por lo tanto disfruta de dignidad humana y la garantía de vida que se le concede a todo ser humano.
- ✚ La Segunda: considera que el embrión humano pertenece a la especie humana sólo en potencia; en las dos primeras semanas no es considerado como ser humano, sino que está en el camino a convertirse en uno. Entre más se desarrolle el embrión mayor es su derecho a la protección. En sus dos primeras semanas, su derecho a la protección es en consecuencia aún no tan grande como será en sus etapas posteriores; el derecho del embrión joven a la garantía de vida es por ello evaluable en contraste con otros valores morales importantes, tal como es la ayuda a pacientes con enfermedades que ponen en peligro sus vidas y que posiblemente sean curables sólo a través del uso de terapias desarrolladas por la investigación con células madre embrionarias⁴³⁷.

⁴³⁵ ESER, Albin. “*La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*”. Op. Cit. p.p.271-273.

⁴³⁶ Relacionado con el ente en sí mismo, y no con el ser del ente, que constituye lo ontológico.

⁴³⁷ BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p.p. 611 – 612.

No es de extrañarse que la sociedad alemana comparta las dos grandes contra posturas que divide a la comunidad internacional a la hora de debatir el tema, y es que el hecho de que su trayectoria histórica haga de la legislación germana una de las más conservadoras no exime a su sociedad del constante debate que suponen estos temas. Sin embargo, teniendo en cuenta la Ley Fundamental vigente en Alemania, parece ser que la primera postura es la que prevalece, pues como se ha analizado en el capítulo anterior, en su primer artículo da un gran peso a la dignidad del ser humano y eso se reflejará a lo largo de las sentencias del Tribunal Constitucional y las legislaciones que se analizarán ahora.

2.2 Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán

Especial importancia tiene la doctrina del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, particularmente la Sentencia del 25 de febrero de 1975, que versa sobre la interrupción de embarazo cuando no existe motivo que sea consistente con el orden de valores de la Ley Fundamental; dicha Sentencia declaró inconstitucional la “ley de plazos” que permitía la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas después de la concepción. De dicha sentencia cabe resaltar los siguientes puntos:

- El § 2, párrafo 2, frase I de la Ley Fundamental también protege la vida que se encuentra en desarrollo dentro del seno materno, la cual constituye un bien jurídico autónomo. En la interpretación de este artículo, la frase "*Todos tienen derecho a la vida...*", puede afirmarse que la vida, en el sentido de la existencia histórica de un individuo de la especie humana, existe, según conocimientos biológico-fisiológicos comprobados, por lo menos desde el 14º día posterior a la fecundación (anidación, individuización). Por lo que a partir de este día, "Todos", en el sentido del § 2, párrafo 2, de la Ley Fundamental, debe entenderse como "todo viviente" o, dicho en otros términos: todo individuo de la

especie humana que tenga vida; "todos", por tanto abarca también al ser humano que aún no ha nacido.

- La garantía de proteger la existencia humana frente a injerencias por parte del Estado o frente a terceros quedaría incompleta, si ella no abarcara, a su vez la vida del no nacido.
- Al mismo tiempo, la vida en desarrollo también goza de la protección a la dignidad humana garantizada en el § 1, párrafo I, donde existe vida humana, ahí corresponde también dignidad humana; no es determinante el hecho de que el portador sea consciente de esta dignidad y que esté en condiciones de hacerla valer por sí mismo.
- La obligación del Estado de proteger es extensa. Ella prohíbe no sólo las injerencias estatales directas en la vida que se está desarrollando, sino también impone al Estado la obligación de adoptar una postura promotora y protectora de esta vida. Esto significa, principalmente, que también debe protegerla de injerencias antijurídicas por parte de otros. Esto debido a que la vida humana constituye uno de los máximos valores dentro del orden establecido por la Ley Fundamental, pues constituye la base vital de la dignidad humana y además es la condición de todos los demás derechos fundamentales.
- La obligación del Estado de asumir la protección de la vida en desarrollo es tan extensa que subsiste también de cara a la madre. Pero tomando como referencia el § 1.1, párrafo 1 de la Ley Fundamental como referente, la decisión debe conceder preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada.
- En última instancia, cuando la protección que la Constitución ordena no puede ser alcanzada de otro modo, el legislador puede estar obligado a echar mano de los medios del derecho penal a fin de proteger la vida

que se encuentra en desarrollo. La norma penal constituye ciertamente *ultima ratio* dentro del instrumental del legislador⁴³⁸.

Más tarde, el 27 de julio de 1992, se aprobó la “Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amigable para con los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo”, por la que se introducía una legislación uniforme para el territorio de las dos Alemanias⁴³⁹ (*“Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen / werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs”*). Esta ley calificaba como “no antijurídica” la interrupción del embarazo para algunos casos excepcionales como: a) cuando la mujer embarazada solicite la interrupción del embarazo y le compruebe al médico, mediante una certificación, que se ha sometido a consejería por lo menos con tres días de anterioridad a la intervención (“consejería para la mujer embarazada en caso de una situación de conflicto y estado de necesidad”); b) la interrupción del embarazo se lleva a cabo por un médico, y c) no han transcurrido más de 12 semanas desde la fecha de la concepción. El 14 de julio de 1992, con anterioridad a la aprobación de esta la ley, el gobierno de Baviera y 249 parlamentarios federales solicitaron la suspensión de la entrada en vigor de la misma; tal suspensión fue decretada el 4 de agosto de 1992. El Tribunal Constitucional dictó la sentencia correspondiente el 28 de mayo de 1993.

Sobre dicha Sentencia del Tribunal Constitucional, del 28 de mayo de 1993, cabe destacar los siguientes puntos:

⁴³⁸ SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Editorial Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p.p. 114-121.

⁴³⁹ Esto debido a que tras la caída del muro de Berlín, en noviembre de 1989, la República Democrática Alemana autorizaba el aborto sin mayor restricción, por el otro lado, la República Federal Alemana tenía esta práctica como antijurídica, por lo que convenía buscar unidad y armonía entre ambas ideologías y legislaciones.

- La Constitución prohíbe no sólo las intervenciones directas del Estado en la vida del que está por nacer, sino que también impone al Estado la obligación de actuar respecto de esa vida como protector y promotor; lo cual implica protegerla frente a intervenciones de terceros, aunque esa tercera persona fuese la propia madre. Los derechos fundamentales de la mujer no prevalecen sobre la prohibición fundamental de la interrupción del embarazo.
- El no nacido goza ya de dignidad humana; la vida humana goza de dignidad desde antes del nacimiento y desde antes que se desarrolle la personalidad. De todas las formas en que las diversas fases del proceso de la vida antes del nacimiento puedan ser interpretadas (desde el punto de vista biológico, filosófico o incluso teológico) y de hecho hayan sido consideradas a lo largo de la historia, en todo caso se trata de etapas imprescindibles del desarrollo de un ser humano individual. Donde existe vida humana, a esa vida le corresponde dignidad humana. Es evidente que los juristas alemanes bogan por la teoría de la continuidad del desarrollo.
- En el mismo sentido, el derecho a la vida, para su fundamentación, no depende de su aceptación por parte de la madre, sino que le corresponde al *nasciturus* por el mero hecho de su existencia, constituye el derecho más elemental e imprescriptible emanado de la dignidad humana.
- La Sentencia reconoce que el Estado tiene la capacidad de exigir ciertas conductas a fin de proteger la vida del que está por nacer, estableciendo, mediante leyes, mandatos y prohibiciones, e imponiendo deberes de acción y de abstención. Los mandatos legales que ordenan una determinada conducta deben generar protección en dos direcciones. Por un lado, deben desarrollar efectos preventivos y represivos para el caso concreto, cuando exista una amenaza de lesión al bien jurídico protegido o cuando su violación ya se ha efectuado. Por otro lado, deben fortalecer y fomentar en la población una idea viva de valores y una visión de lo justo y lo injusto, con el fin de crear una conciencia jurídica

colectiva en el seno de la sociedad, es decir, que cada individuo pueda distinguir lo justo de lo injusto, lo correcto de lo incorrecto.

- Se reitera la postura de la Sentencia anterior al establecer que la Ley Fundamental no contempla ningún tipo de gradación para el derecho a la vida y su protección con base en el transcurso de determinados plazos derivados del proceso de desarrollo del embarazo. Por tanto, también en la fase temprana del embarazo debe el orden jurídico garantizar una protección plena.
- Sin embargo, más adelante, la Sentencia reconoce que constituye una valoración del legislador inobjetable desde el punto de vista constitucional cuando, a fin de cumplir con sus funciones de protección, se aboca a un concepto de protección que tiene como punto de partida la consideración de que, al menos en la fase temprana del embarazo, una efectiva protección de la vida del que está por nacer puede darse únicamente con la madre pero no en contra de ella⁴⁴⁰.

Importante es mencionar que ambas sentencias sostienen que *“la vida, en el sentido de existencia histórica de un individuo humano existe en cualquier caso según los conocimientos biológicos y fisiológicos actuales, desde el decimocuarto día después de la concepción (anidación, individualización). El proceso de desarrollo así iniciado es un curso continuo, que no presenta cortes marcados ni estadios susceptibles de distinción y que no permite una delimitación exacta de las distintas etapas evolutivas de la vida humana”*, por lo que no le está permitido constitucionalmente al legislador decidir respecto de cuándo debe iniciarse la protección de la vida del concebido; sino que la protección debe darse con igual fuerza desde el momento de la fecundación, es decir, considera que el preembrión es sujeto de dignidad humana y cuenta con el genuino derecho a la vida. Por ende el Estado tiene la obligación constitucional de proteger la vida y la dignidad de cada preembrión humano⁴⁴¹. Es tal la importancia que las Sentencias, y la Constitución a través de éstas, le dan a la dignidad y a la vida que sobreponen estos valores y derechos al

⁴⁴⁰ SCHWABE, Jürgen. Op. Cit. p.p. 121-140.

⁴⁴¹ KNOEPFLER, Nikolaus. Op. Cit. p.p. 87-88.

derecho de autodeterminación de la propia madre, lo cual lleva a concluir que si éste derecho encuentra menor relevancia para el sistema constitucional alemán, el derecho a la libertad de investigación científica correrá la misma suerte.

2.3 Ley sobre Protección de Embriones

Conforme se fue haciendo popular el uso de la FIV en Alemania a mediados y finales de los ochentas surgió controversia a raíz del status de los embriones y la necesidad de una regulación para los procesos de FIV que los crea. La fecundación extracorpórea fue un adelanto importante en el control técnico y médico de la reproducción, pero al mismo tiempo plantea una serie de preguntas en relación con el status legal de embrión preimplantario (preembrion), incluida la gran interrogante de si se deben o no usar para la investigación científica. La legislación alemana en materia de reproducción asistida en realidad surgió de la publicidad y el intenso debate que surgió a finales de los ochentas acerca de doctores que creaban embriones con el fin único de destinarlos a la investigación científica. La Cámara Nacional de Doctores trató de evitar el surgimiento de leyes en la materia, por lo que emitió una serie de directivas para la investigación con embriones, pero se les consideró demasiado permisivos y laxos. El resultado fue la Ley de Protección de Embriones de 1990 (*Gesetz zum Schutz von Embryonen*). La ley es sumamente protectora en relación a los embriones pues los considera una vida incipiente. Su definición de embrión parte desde el punto después de la fertilización en la cual ocurre la fusión nuclear. La Ley considera como delito, castigado con tres años de prisión, el fertilizar más óvulos que hayan alcanzado singamia de los que puedan ser transferidos al útero de la mujer en un ciclo de

tratamiento, esto es más de tres embriones, con el fin de abrir las puertas a la donación de óvulos y a la subrogación gestacional⁴⁴².

Así, la República Federal Alemana aprobó el día 13 de Diciembre de 1990 la denominada Ley sobre Protección de Embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen - Embryonenschutzgesetz*), que entró en vigor el 1 de Enero de 1991, por la que se establecen los siguientes tipos delictivos: la aplicación abusiva de técnicas de reproducción, la utilización abusiva de embriones humanos, la elección de sexo, la fecundación arbitraria (es decir, sin la prestación de los debidos consentimientos), la transferencia arbitraria y la fecundación artificial después de la muerte, la modificación artificial de células de la vía germinal humana, la clonación humana, la formación de quimeras e híbridos, la realización de una fecundación artificial o la transferencia de un embrión humano a una mujer sin ser médico, (sanción como una infracción administrativa) la de conservar un embrión humano o un óvulo sin ser médico. En otras palabras, esta Ley se resume en los siguientes puntos: a) la creación de embriones sólo se puede realizar a partir de causas de esterilidad e infertilidad para producir un embarazo; b) no pueden crearse embriones para la manipulación o investigación; y c) se prohíbe alteraciones genéticas en células germinales.

Es así como Alemania promulga una ley de naturaleza claramente penal con la que se instrumenta la pretendida protección de los embriones sin recurrir a una exposición positiva de las prácticas de referencia permitidas, sino únicamente se describen las conductas sancionadas y se explican los castigos, es decir, constituye lo que la doctrina ha denominado un sistema prohibicionista, poniendo de relieve que tal vez se haya excedido en principio la intervención mínima del derecho Penal, pudiendo en algunos supuestos haberse arbitrado sanciones meramente administrativas; aquí debe aplicarse el

⁴⁴² ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op. Cit. p.p. 203-205.

principio jurídico según el cual todo aquello que no esté prohibido es considerado jurídicamente permitido, debiéndose la reticencia tan acusada de esta ley frente a todas las prácticas biológicas y genéricas a causas históricas, en otras palabras al trauma que causó la experiencia del programa nazi de genocidio y eugenesia.⁴⁴³

Resumiendo, esta ley presenta dos características fundamentales: en primer lugar no sólo aboga por la protección de los embriones, sino que busca instaurar medidas contra determinadas formas no deseadas de reproducción, por lo que se considera como una ley para la protección no sólo de los embriones sino también en relación con fases anteriores a la existencia de éstos. Y en segundo lugar, el legislador alemán a través de esta normativa ha elegido la vía penal. En realidad se trata de una sección de la parte especial del Código Penal, sin estar integrada formalmente en el mismo, puesto que ha basado su reflexión en una lista taxativa y hermenéutica de lo “permitido” y de lo “prohibido”⁴⁴⁴.

Este país es coherente con una idea básica, como es que el preembrión es portador de vida humana desde la fecundación, y por tanto están prohibidas toda clase de prácticas con embriones *in vitro* con fines de investigación o, en general, ajenas a la reproducción, esto de acuerdo a la Ley de Protección al Embrión de 1990 (*Embryonenschutzgesetz*). La presente normativa en el primer párrafo del numeral §8 es muy clara al señalar: “*Se entenderá por embrión en el sentido de la presente Ley ya el óvulo humano fecundado, susceptible de desarrollo a partir de la fusión de los núcleos, además, cualquier célula totipotente extraída de un embrión que en caso de concurrencia de las condiciones necesarias sea susceptible de desarrollarse hasta convertirse en*

⁴⁴³ GONZÁLEZ Morán, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Op.Cit. p.p. 98–100.

⁴⁴⁴ ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. “*La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales*”. Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 20, 2004, p. 41.

*un individuo*⁴⁴⁵. Para dotar al embrión de protección, tiene que tratarse de un óvulo humano fecundado y capaz de desarrollarse, el mismo numeral, señala que ese momento inicial 24 horas después de la fusión de los núcleos⁴⁴⁶. Queda claro de la lectura de este artículo que la ley alemana considera que no hay una etapa previa al embrión, pues desde la fusión de los núcleos gaméticos hay un individuo en potencia. De lo anterior se desprende que la Ley de Protección al Embrión no utiliza el término de “preembrión” a lo largo de su texto, pues establece que hay embrión desde la fecundación, por lo que no hace distinción entre el embrión y el embrión joven o preembrión.

El artículo §2 penaliza a quien enajene un embrión humano creado extracorporalmente (lo que se consideraría el preembrión) o que se haya extraído del útero previo a la anidación, así como al que utilice dicho embrión para un fin distinto a su conservación, así como al que utilice embriones para fines de investigación. También sanciona, en su numeral § 3, el hecho de fecundar artificialmente un óvulo humano con un espermatozoide en función de sus cromosomas sexuales. Se trata de la prohibición de la predeterminación del sexo del niño. La única excepción se presenta cuando se persigue evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo. De hecho en este artículo específicamente menciona la distrofia muscular de Duchenne como enfermedad hereditaria grave; también impide la creación de embriones supernumerarios de las técnicas de reproducción asistida, al prohibir la transferencia a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo y fecundar más óvulos de los que puedan ser transferidos. Cabe destacar la conceptualización a los efectos de esa ley del embrión cuya existencia se reconoce desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado a partir de la fusión de los núcleos celulares⁴⁴⁷. A pesar de que la Ley es bastante restrictiva y coloca a Alemania más bien cerca del extremo conservador del espectro regulatorio, lo cierto es que su definición de embrión,

⁴⁴⁵ Ley sobre protección de embriones, §8 . <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/5.pdf>

⁴⁴⁶ ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. “*La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales*”. Op. Cit. p.p.42-43.

⁴⁴⁷ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p. 169.

siendo el que existe después de la singamia, deja algo de espacio para maniobrar⁴⁴⁸.

Una contradicción en la política alemana era su posición en cuanto al diagnóstico genético preimplantario. Dicho proceso conlleva la detección genética de los embriones antes de la transferencia al útero, para evaluar la viabilidad del embrión y su composición genética. En base a dicha evaluación, el embrión es transferido al útero o congelado para una transferencia posterior o eventualmente desecharlo. En Alemania, sin embargo, dicho proceso no está autorizado. Aunque la *Gesetz zum Schutz von Embryonen* de 1990 no contempla el proceso de diagnóstico genético preimplantario, sí prohíbe la destrucción o descartar embriones. El proceso de DGP de extraer de una célula o blastómero en la fase de cuatro u ocho células, y luego no transferir el embrión que no cuenta con el perfil genético “correcto”, violaría el requisito que impone la ley al decir que todo embrión debe ser transferido al útero. Además, debido a que un solo blastómero extraído del embrión, en las primeras etapas de su desarrollo, para el análisis genético, es totipotente, es considerado por la ley como un embrión. Por lo que sería una violación a la ley la destrucción de ese blastómero con el fin de analizar sus cromosomas o ADN⁴⁴⁹.

Ahora bien, mientras que las leyes nacionales siempre se limitan a un territorio específico, a diferencia de los principios éticos, que se sostienen bajo el requerimiento de una validez que no sabe de fronteras nacionales, la *Embryonenschutzgesetz* permite el enjuiciamiento de acciones que tienen lugar dentro del territorio de la República Federal Alemana y por ende no puede ser aplicada a actos como las derivaciones de las células madre embrionarias en países extranjeros, al menos que los actos sean instigados por alemanes⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op. Cit. p. 205.

⁴⁴⁹ Ídem 221 - 222.

⁴⁵⁰ BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p. 610.

Finalmente, la Ley de Protección al Embrión solo permite el diagnóstico, o el análisis, de un embrión para su propio beneficio y con el objetivo de implantar este embrión individual en el útero de la respectiva madre. Esta normativa tan estricta, sin embargo, no prohíbe la importación de células pluripotenciales, en ciertas circunstancias rigurosamente regladas para proyectos de investigación especiales de gran importancia. Y debido a que el respeto por la soberanía de Estados extranjeros obliga a evaluar ciertas acciones en un determinado país sólo con respeto a las leyes de ese país, se llegó a plantear que la importación de células madre embrionarias debería ser permitido. Bajo la *Gesetz zum Schutz von Embryonen* de 1990, ninguna línea de células madre embrionarias pueden derivarse de embriones en Alemania. Un Comité Parlamentario de Ética también votó en contra de permitir la importación de otros países de células madre embrionarias para la investigación. Poco satisfecho con esta política, el Canciller Gerhard Schroeder nombró un Consejo Nacional de Ética, que recomendó dicha importación. Después de un acalorado debate nacional, el parlamento federal autorizó la investigación con células madre embrionarias importadas de países donde era legal la extracción de dichas líneas de células madre embrionarias derivadas antes del 1º de Enero de 2002⁴⁵¹.

2.4 Ley para garantizar la protección de los embriones en relación con la importación y la utilización de células madre embrionarias humanas

Tras un intenso debate a nivel público, en el que evidentemente el sector científico que optaba por la defensa de la libertad de investigación se oponía a un amplio sector social partidario de la protección del preembrión, el legislador alemán finalmente ha optado por un reforzamiento de la protección del preembrión en la dirección apuntada a través de la "ley para garantizar la

⁴⁵¹ ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op. Cit. p. 213.

protección del embrión en relación con la importación y utilización de células madre humanas⁴⁵².

Es así como en 2001 el Parlamento Alemán convocó una comisión de investigación en “Derecho y Ética en la Medicina Moderna”, la cual, entre otras cosas, se convocó con el fin de desarrollar un criterio sobre las implicaciones éticas y sociopolíticas de la investigación con células madre embrionarias. Posteriormente, el canciller alemán creó el Comité Nacional de Bioética, el cual tuvo, como primer punto en la agenda, la investigación este tipo de células⁴⁵³. Después de las acaloradas discusiones, el Parlamento Federal Alemán en su resolución del 30 de enero de 2001, con una mayoría clara de 339 diputados, votó a favor de establecer una regulación jurídica para la importación de células madre embrionarias⁴⁵⁴, exclusivamente con fines de investigación. Esta discusión da paso a la creación de la Ley de Células Madre (*Stammzellgesetz*) del 28 de junio del 2002⁴⁵⁵.

La Ley alemana, Ley de Células Troncales (*Stammzellgesetz*) del 28 de junio de 2002⁴⁵⁶, regula solo las células embrionarias, estableciendo un régimen de autorización tanto para su uso en la investigación como para su importación, y prohíbe terminantemente obtenerlas de preembriones creados después de su entrada en vigor, aun así es posible lograr autorización para el uso de aquellas que estaban disponibles anteriormente, así como la

⁴⁵² ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. “*La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales*”. Op. Cit. p.p. 38-39.

⁴⁵³ GOTTWEIS, Herbert. Op.Cit. p. 463.

⁴⁵⁴ ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. “*La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales*”. Op.Cit. p.p. 46-47.

⁴⁵⁵ Después de los usuales informes procedimentales el Pleno del Parlamento Federal Alemán aprueba en 25 de abril de 2002, en tercera lectura y tras rechazar una serie de enmiendas, una Regulación que se basa mayoritariamente en la resolución adoptada el 30 de enero de 2001, que, sin embargo, además de la importación de células madre embrionarias se planteaba como objeto la utilización de las mismas. En ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. “*La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales*”. Op. Cit. p. 47.

⁴⁵⁶ Como complemento de la *Stammzellgesetz* en Ministerio Federal de la Salud dictó el 18 de julio de 2002, sobre base de una autorización a través de los artículos 7 y 8, una “Orden relativa al Comité Central de Ética para la Investigación de Células Madre y sobre la actual autoridad en virtud de la *Stammzellgesetz*”, en la que entre otras cosas se crea el Instituto Robert Koch como autoridad encargada de emitir las correspondientes autorizaciones administrativas.

importación de las mismas siguiendo una serie de requisitos que señala la ley⁴⁵⁷. Una prohibición total iría en contra de la Constitución pues se opone claramente a la libertad de investigación⁴⁵⁸.

Esta legislación no define el concepto de embrión *per se*, como lo hace la *Embryonenschutzgesetz*, pero de la lectura del artículo §3 se infiere lo que tendría que entenderse por embrión: cada una de las células totipotentes que tienen la capacidad de proliferar bajo las condiciones adecuadas a través de la división celular y de dar lugar a un individuo. A diferencia de la otra ley, ésta no hace referencia a una fecundación. Como explica Eser, hay que destacar que el concepto de embrión en su delimitación en relación a las células que no son totipotentes se encuentra definido de forma diferente en la *Embryonenschutzgesetz* y en la *Stammzellgesetz*⁴⁵⁹.

El artículo §5 de la *Stammzellgesetz* regula la investigación con células madre embrionarias y señala que sólo estará permitida este tipo de investigaciones cuando tengan como finalidad reforzar y generar conocimiento científico y médico con el objetivo de desarrollar métodos de diagnóstico y terapéuticos que ayuden a mejorar la salud del ser humano. También es

⁴⁵⁷ Los requisitos que se tienen que cumplir para poder importar lícitamente las células embrionarias son: a) Estas células tendrían que haber sido aisladas antes del 1º de mayo de 2007; b) Los preembriones de los que se derivan estas células son supernumerarios y se obtuvieron por técnicas de FIV y fueron creados para inducir un embarazo; c) Que no exista compensación u otro beneficio económico, es decir, la entrega para la extracción de las células embrionarias deberá ser gratuita. Esto se regula en el artículo §4 de la "ley para garantizarla protección del embrión en relación con la importación y utilización de células troncales humanas (Stammzellgesetz), cuyas últimas reformas han sido el 7 de agosto de 2013. <http://www.gesetze-im-internet.de/stzg/index.html>.

⁴⁵⁸ Ahora bien, en su §1 la nueva normativa asienta que propósito de la misma es respetare el compromiso que el Estado tiene para con la dignidad y el derecho a la vida así como para proteger y garantizar la libertad de investigación. Siendo así sus objetivos principales son los siguientes: 1) queda prohibida la importación y utilización de células madre embrionarias; 2) evitar que en Alemania se obtengan células madre embrionarias o la producción de embriones para la obtención de las mismas; y 3) determinar las condiciones para los casos excepcionales en los que se permitan la importación y utilización de las células madre embrionarias. http://www.gesetze-im-internet.de/stzg/__1.html.

⁴⁵⁹ ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. "La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales" Op. Cit. p. 51.

preciso, como señala en su segundo apartado, que no se puedan obtener los resultados deseados utilizando células animales.

Alemania presenta un caso bastante especial en el que, como ya se mencionó, la ley estrictamente prohíbe cualquier manipulación del embrión humano que no contribuya a su desarrollo (*Embryonenschutzgesetz*, 1990, § 8); sin embargo la Ley *Stammzellgesetz* de 2002 permite, bajo ciertas condiciones especiales, la investigación en células madre provenientes de embriones humanos importadas de otros países (*Stammzellgesetz*, 2002, § 5 y § 6)⁴⁶⁰. Este permiso se obtiene a través de una autorización administrativa, a cargo de la autoridad sanitaria correspondiente, tras la petición al Comité Central de Ética para la Investigación de Células Madre⁴⁶¹.

La *Stammzellgesetz* imita al *Embryonenschutzgesetz* de 1990, y prohíbe cualquier acción sobre el embrión humano que no contribuya a su desarrollo. Aun así, la *Stammzellgesetz* permite la importación y la investigación sobre células madres embrionarias bajo ciertas condiciones, como: 1) hay evidencia científica que la investigación concierne una investigación con objetivos de alta prioridad ya sea en un área de investigación fundamental o en la ampliación del conocimiento de medicina de diagnóstico, preventiva, o terapéutica y demás procesos de medicina humana (principio de alta prioridad); y 2) la investigación, que ya se ha intentado en un modelo animal, y que no se puede avanzar más que usando células madre embrionarias provenientes de seres humanos (principio de ausencia de alternativas). Sólo si estos dos principios son respetados puede un proyecto de investigación calificar como éticamente admisibles. Si es calificada como tal, entonces la células madre embrionarias podrán ser importadas y usadas en la investigación previendo que a) hayan sido obtenidas por embriones *in vitro* creados para procesos de fertilización *in vitro*; b) hayan sido libremente donados por la pareja con fines de investigación sin compensación económica u otros beneficios; y c) fueron obtenidas de

⁴⁶⁰ BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p. 604.

⁴⁶¹ Dicho Comité está compuesto por nueve expertos en los campos de la biología, la ética, la medicina y la teología. Cuatro de los expertos serán nombrados de las disciplinas de la ética y la teología, cinco de los expertos de los campos de la biología y la medicina (§8 Sección 1ª).

embriones antes del 1 de enero del 2002, con el fin de garantizar que estos embriones no fueran destruidos con el fin de exportar las células madre a Alemania⁴⁶².

2.5 Alemania y el Status del Preembrión

De la lectura de las sentencias de 1975 y 1993 del Tribunal Constitucional alemán se concluye que el preembrión es sujeto titular del derecho constitucional a la vida, y el Estado debe protegerlo⁴⁶³. En Alemania, los embriones implantados están constitucionalmente protegidos en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, y por lo tanto cuentan con los mismos derechos a la vida y la dignidad con los que cuenta toda persona⁴⁶⁴. Y aunque se permite la importación de células madre embrionarias, derivadas de preembriones, para su uso en la investigación, lo cierto es que este tema sigue causando conflictos en el seno de la comunidad alemana, pues muchos consideran que aunque dichas células son importadas de otro país no dejan de extraerse de preembriones que forzosamente serán destruidos⁴⁶⁵. Este continuo debate y las serias limitaciones con las que se enfrentan los grupos científicos han provocado un rezago enorme en la comunidad alemana en cuanto a investigación en biomedicina y genética.

En Alemania, el ámbito de aplicación de los preceptos contenidos en la legislación de protección a embriones cesa con la anidación del preembrión en el útero, momento en el cual comienza la violación de las normas del Código Penal relativas a la interrupción voluntaria. Sin embargo, siendo que el respeto a la dignidad humana es la base de toda la normativa germana, ambas legislaciones y las sentencias previas del Tribunal Constitucional son

⁴⁶² BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p. 609.

⁴⁶³ MUÑOZ de Alba Medrano, Marcia. Op. Cit. p. 102.

⁴⁶⁴ ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op. Cit. p. 195.

⁴⁶⁵ VOGEL, Gretchen. “Germany dithers over Stem Cells, while Sweeden gives green light”. Science, Vol. 294, No. 5550, 2001, p. 2226.

restrictivas y prohibitivas. La utilización de preembriones para la extracción y donación de sus células sólo se autoriza en preembriones muertos⁴⁶⁶. A pesar de esto, Alemania permite, en ciertos casos, la importación de células madre embrionarias para su uso en la investigación científica; de hecho, en el 2001 el Primer Ministro alemán, Wolfgang Clement, fue severamente criticado por contemplar la posibilidad de importar dichas células de Israel⁴⁶⁷.

Ahora bien, por un lado se encuentra la protección de los embriones humanos, y la libertad de investigación por el otro, ambos derechos ocupan un lugar primordial en la Constitución Alemana (*Grundgesetz*). La Fundación de Investigación Alemana⁴⁶⁸ (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*) enlista criterios, que posteriormente se plasman en la legislación alemana, tendientes a importar células madre embrionarias, con las condiciones de: 1) que estas células provengan sólo de embriones creados para proceso de fertilización *in vitro*, pero que no sean transferidos y por ende utilizados en la producción de embriones humanos en la investigación, puesto queda terminantemente prohibido; 2) que el donador del óvulo acepte que el embrión sea usado para extraer células madre y que no haya recibido ninguna compensación económica; y 3) que un comité especial destinado a determinar el valor científico, métodos, y objetivos de la investigación juzgue que el trabajo con dichas células madre es éticamente tolerable y otorgará el debido permiso para llevarla a cabo.

Además, la Fundación sugiere que la protección de la vida (*Lebensschutz*) del embrión humano en las dos primeras semanas de vida (preembrión), es evaluable en relación a la libertad de investigación, lo que se traduce en que la protección de la vida del embrión humano no es absoluta

⁴⁶⁶ CANALES, Patricia. “El estatuto jurídico del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Año XIV, No. 297, 2004, p.p. 12-15.

⁴⁶⁷ PRAINSACK, Barbara. Op. Cit, p. 173.

⁴⁶⁸ Importante organización alemana de patrocinio de investigación, la más grande de Europa. Dicha organización **sirve a la ciencia en todas sus ramas mediante el apoyo financiero de tareas de investigación y mediante el fomento de la cooperación entre científicas y científicos.** http://dfg.de/es/dfg_en_perfil/finalidades/index.html

pero permite la gradación. Esta estipulación quiere decir que el derecho del embrión humano a la protección de su vida aumenta con el grado de desarrollo. A pesar de esto, en vez de valorar los beneficios y los perjuicios que aporta la investigación con los embriones jóvenes, el debate alemán se centra en evaluar y comparar la importancia de la vida humana temprana contra la libertad de investigación científica y el deber de ayudar a los pacientes⁴⁶⁹.

El debate alemán prefiere evaluar el respeto por la vida humana temprana sobre la libertad de investigación y/o el deber de ayudar a los pacientes⁴⁷⁰. Este debate continúa siendo confrontado con el problema ético, legal y político, el ético consiste en la protección del embrión humano como principio evaluable sobre la investigación y objetivos terapéuticos de alta prioridad; el legal versa en la cuestión si está en concordancia con la Constitución alemana el contribuir financiación a la investigación no permitida por las leyes alemanas; y el político reside en la cuestión de que si los contribuyentes alemanes contribuirían a los fondos de una investigación a la que los investigadores alemanes están legalmente limitados a aplicar. Al final, el Parlamento tuvo que decidir. Había, y todavía hay, un consenso que 1) el derecho del embrión humano a la protección después de las dos primeras semanas es absoluto y no modificable o evaluable en contraste con otros principios, y que 2) no se puede producir un embrión con el único propósito de ser utilizado en la investigación⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p.p. 605 – 616.

⁴⁷⁰ Resulta interesante el hecho de que bajo la normativa alemana no es punible el posterior empleo de conocimientos que se deriven de la investigación con células madre embrionarias que son prohibidas tanto en territorio nacional como extranjero. Aun así, conviene tener presente que la investigación con estas células en el territorio nacional y en el extranjero han sido enjuiciadas solamente bajo el derecho vigente. Resulta cuestión aparte establecer si lo es satisfactorio desde la esfera de la investigación y a partir de una contemplación de naturaleza político-jurídico y digno de aprobación desde una perspectiva ético-jurídica. ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. “*La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales*”. Op. Cit. p.p. 55, 63.

⁴⁷¹ BECKMANN, Jan P. Op.Cit. p.p. 604 – 618.

3. El Reino Unido

Fue en el Reino Unido donde el término preembrión adquirió poder puesto que satisfacía una necesidad, la situación era desesperada pues todo lo concerniente a la fertilización *in vitro* estaba por colapsar. La importancia de la legislación británica, se debe a que, de entre todas, es la más permisiva. La ley base que regula estas prácticas de reproducción artificial ya permitía la creación de embriones con fines de experimentación; en reformas posteriores, se permitió la clonación terapéutica, en el 2002, y en el 2004 se abrió la puerta a la selección de embriones con fines terapéuticos⁴⁷². En la misma línea, la legislación más avanzada en esta materia es sin duda la existente en el Reino Unido. El Acta sobre Embriología y Fertilización Humana permite, bajo la licencia otorgada por la autoridad respectiva, la realización de investigación en embriones humanos cuya edad no exceda los catorce días de desarrollo.

3.1 Contexto histórico y político

En 1982 se instituyó un Comité que se encargaría del estudio de las nuevas técnicas de reproducción asistida y de embriología. La creación de dicho Comité nace a consecuencia de la creciente consternación que genera la velocidad con las que dichas tecnologías se desarrollaban, y además, como respuesta al nacimiento de Louise Brown, el primer bebé obtenido a través de dichas técnicas en 1978. La función del Comité fue la de aportar principios para la regulación de las técnicas de fertilización *in vitro* y la embriología. Dicho Comité fue precedido por la baronesa Mary Warnock.

Como se mencionó previamente, el Informe Warnock, emitido en 1984 por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humana, asienta el límite de catorce días en la investigación embrionaria recomendada por el

⁴⁷² DÍEZ Fernández, José Antonio. Op.Cit. p. 335.

Comité y que se ha adoptado no sólo en Gran Bretaña sino en muchos otros países. Sin embargo, el Comité declaró abiertamente que este límite de tiempo fue más bien un compromiso totalmente arbitrario adoptado “con objeto de mitigar la ansiedad pública”⁴⁷³ y conceder a los científicos todo el tiempo posible para la investigación embrionaria. A pesar de esto, el mismo Comité admite que la vida embrionaria empieza con la fertilización. También reconoce que una vez fecundado el óvulo y empezado el proceso de desarrollo, ningún estadio particular del proceso de desarrollo es más importante que otro. De este modo, biológicamente no existe en el desarrollo del embrión ninguna fase particular antes de la cual el embrión *in vitro* podría dejar de ser mantenido en vida. El Comité se abstenía de dar una respuesta explícita a la fundamental cuestión de cuándo llega a ser una persona el embrión, parece claro que sostiene que la vida humana no empieza cuando se inicia la vida embrionaria. El enfrentamiento en el seno del Comité entre los que consideraban al embrión humano como un ser al que hay que respetar plenamente en su humanidad y los que tenían una idea evolutiva de la adquisición progresiva de derechos y de respeto, a partir de un punto de partida prehumano, llevó al Comité al borde de la ruptura. Con el fin de sosegar la situación, la Baronesa Mary Warnock ofreció la solución de fijar en catorce días postfecundación el plazo en el que podría autorizarse la investigación que traería aparejada la destrucción de los embriones, en este caso de los preembriones, cosa que para el asombro de todos, fue aceptada por unos y por otros⁴⁷⁴. En conclusión, el Comité concluyó que es merecedor de protección, pero que la investigación con embriones se antepone a dicha protección.

En 1984, cuando las recomendaciones emitidas en el reporte Warnock se comenzaron a debatir en el Parlamento también empezó a crecer la oposición contra dicho reporte, pero dicha oposición en realidad no tuvo éxito, ya que de haberlo tenido se habría tenido que abandonar toda investigación sobre

⁴⁷³ Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, Warnock Report, Department of Health and Social Security, London, 1984.

⁴⁷⁴ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual*”. *Persona y Bioética*, Vol. 2, No. 2, 1998, p.p. 2 – 27.

embriones. La oposición, que encarna el Partido Conservador, presenta un proyecto al Parlamento con el objetivo de prohibir la investigación que involucrase embriones humanos. Conocida como “*MP Enoch Powell’s Unborn Children (Protection) Bill*”, fue aprobada por mayoría después de la segunda lectura en 1985. Esta ley supone un acercamiento a la victoria para el Partido Conservador, que se oponían a este tipo de investigación y experimentación, sobre el Partido Laborista, y fue en este momento cuando se redefine el término “embrión” y se sientan las bases para la utilización del término “preembrión”. Este fue, quizás, el momento en que cambió la historia⁴⁷⁵. Pero a pesar de la negativa a permitir la investigación con embriones que presenta el Partido Conservador en un inicio, entre los años de 1985 y 1990 la situación en este partido cambia radicalmente, esto debido a que en 1985 un 85% de los que votaron se encontraban en contra de legalizar la investigación con embriones, pero hacia 1990 el porcentaje bajó a un 57%⁴⁷⁶.

El *Medical Research Council* sugirió la necesidad de redefinir al embrión, y en Marzo de 1985 anunció la formación de un nuevo cuerpo legal que regularía la fertilización *in vitro* y la investigación con embriones. Conjuntamente con el *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists*, el *Medical Research Council* estableció el *Voluntary Licensing Authority*, con el fin de supervisar la investigación y la práctica clínica hasta que el gobierno aprobara y promulgara las leyes relacionadas con las recomendaciones del reporte Warnock. En una de las primeras reuniones de la *Voluntary Licensing Authority*, sólo dos meses después de que fuese creada, el término “preembrión” fue utilizado en las directrices para las aplicaciones clínicas y de investigación. Sin embargo, este término no fue aceptado por doctores y científicos en el Reino Unido, pues consideraban que el conflicto que sentía el público general en temas de

⁴⁷⁵ FERRER Colomer, Modersto y PASTOR García, Luis Miguel. “*The preembryo’s short lifetime. The history of a word*”. Cuadernos de Bioética, No. 23, 2012, p. 682.

⁴⁷⁶ MULKAY. Michael. *The embryo research debate: science and the politics of reproduction*. Cambridge University Press, 1997, p. 56.

investigación con embriones y la fertilización *in vitro* no iba a desaparecer con un cambio en la nomenclatura⁴⁷⁷.

3.2 Ley de Fertilización Humana y Embriología

En el caso del Reino Unido el tránsito desde la reflexión ética a la regulación legislativa se hizo sobre un único informe: en julio de 1982 el Gobierno del Reino Unido se dio a la tarea de crear una Comisión de Investigación sobre la Fecundación Humana y la Embriología, de donde nace la denominada Comisión Warnock que entregó al Parlamento Británico en junio de 1984 el informe (con recomendaciones) relativo a la fecundación y embriología humana (*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Londres, 1984*), misma que ejerció gran influencia en las diversas legislaciones extranjeras. A consecuencia de este informe, se promulga el *Surrogacy Arrangements Act 1985* (ley sobre maternidad subrogada del 16 de julio de 1985, la cual prohíbe la maternidad subrogada y regula la inseminación artificial por donante), y el *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (Ley de Fertilización Humana y Embriología del 1 de noviembre de 1990)⁴⁷⁸.

En Inglaterra se formó una Comisión especial para estudiar la posibilidad de utilizar los cigotos sobrantes de la fertilización *in vitro*, y que después de varios años de estudio y consulta, se aprobó el Acta de la Fertilización Humana y la Embriología de 1990⁴⁷⁹, que autoriza el uso de los cigotos sobrantes siempre que exista autorización informada de los donantes y para proyectos específicos

⁴⁷⁷ FERRER Colomer, Modersto y PASTOR García, Luis Miguel. “*The preembryo’s short lifetime. The history of a word*”. Op. Cit. p. 683.

⁴⁷⁸ GONZÁLEZ Morán, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Op-Cit. p.p. 98–99.

⁴⁷⁹ Modificada en enero de 2001, dicha modificación fue propuesta por el gobierno del Reino Unido en agosto de 2000 y aprobada por la Cámara de los Lores el 22 de enero de 2001. En dicha modificación se autoriza la investigación utilizando embriones humanos creados por fertilización *in vitro* con el fin de aumentar el conocimiento sobre el propio desarrollo embrionario o sobre enfermedades graves del ser humano o su tratamiento.

de investigación. Amparados por el acta mencionada, entre los años de 1991-1998 se crearon 763.509 embriones, de los cuales, 351.617 fueron utilizados para procesos de fertilización asistida, 183.786 se conservaron para futuros tratamientos, 48.444 se donaron para la investigación, 118 se crearon específicamente para la investigación y 237.603 no fueron usados para ningún propósito y fueron destruidos⁴⁸⁰. El *Human Fertilisation and Embryology Act* permite específicamente la obtención de células troncales, así como el uso de embriones humanos en la investigación, y las considera necesaria y deseable en ciertos casos: 1) promover avances en el tratamiento de la infertilidad; 2) incrementar el conocimiento sobre enfermedades congénitas; 3) entender mejor las causas de los abortos espontáneos; 4) desarrollar métodos anticonceptivos más efectivos y; 5) implementar técnicas que detecten anomalías genéticas o en los cromosomas en la etapa previa a la implantación⁴⁸¹.

En realidad, es en el Reino Unido donde con mayor virulencia ha arremetido la polémica en torno a temas relacionados con los adelantos en la biomedicina, y por ende en el bioderecho, como es el caso de la clonación terapéutica. La *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 enumera una serie de finalidades respecto de las cuales pueden llevarse a cabo labores de investigación y experimentación con preembriones, siempre que después de los catorce días sean destruidos, pues de acuerdo al artículo tercero de esta ley constituye un delito implantar uno de estos preembriones en un útero humano para desarrollar un proceso de gestación⁴⁸². Pero el elemento más notable de la legislación inglesa de 1990 es la creación de del Consejo de Fertilización Humana y Embriología (*The Human Fertilisation and Embryology Authority*)⁴⁸³ que se constituye como un organismo estatutario e independiente,

⁴⁸⁰ Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, June 2000, p. 32.

⁴⁸¹ PÉREZ Tamayo, Ruy. “Los problemas éticos de la conservación de los embriones humanos”. En *Ética en el ejercicio de la Medicina*, México, 2006, p. 54.

⁴⁸² GARROTE Fernández – Díez, Ignacio. Op.Cit. p. 181.

⁴⁸³ La creación de este órgano se vendría estableciendo desde la Comisión Warnock, cuando ésta propone el establecimiento de una autoridad reguladora cuya competencia sería la autorización del uso y almacenamiento de embriones humanos extracorpóreos para fines de investigación. Este organismo más tarde se convertiría en la Human Fertilisation and Embryology Authority. <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>

encargado de controlar la práctica y la investigación médica. Esta legislación rompió de cierta manera la línea conservadora y tradicional hasta entonces seguida por la legislación británica, puesto que se trata de una ley bastante liberal, parte por el hecho de que al ser un organismo independiente no actúa bajo la dirección de la Corona⁴⁸⁴.

Así, a pesar de que el Reino Unido no otorga gran protección legal a los preembriones y permite la investigación con ellos, la ley de 1990 creó un nuevo organismo, el *Human Fertilisation and Embryology Authority*, con el poder de otorgar licencia a ciertas clínicas, para recolectar información y resultados, y establecer lineamientos para la práctica de la investigación con embriones, de conformidad con las instrucciones parlamentarias⁴⁸⁵. Esta autoridad también tiene la facultad de permitir la creación de embriones para destinarlos exclusivamente a la investigación, pero esta autoridad a su vez tiene claro lo que señala la legislación y sostiene que los embriones utilizados para este propósito no pueden ser conservados por más de catorce días (exceptuando el periodo de almacenamiento). Con el paso del tiempo y el desarrollo de las técnicas de fertilización *in vitro* alrededor de 48.000 embriones que no fueron necesarios para los tratamientos de fertilización artificial fueron utilizados entre Agosto de 1991 y Marzo de 1998, y 118 embriones fueron creados para destinarlos directamente a la investigación a lo largo del mismo periodo. En el mismo sentido, la creación de embriones por reemplazo del núcleo celular no se encuentra prohibida por el *Human Fertilisation and Embryology Act*, pero solo para la investigación de casos específicos. En estos casos, la autoridad en la materia, *Human Fertilisation and Embryology Authority*, tomará en consideración cada solicitud de licencia para investigación en base a sus méritos y deberá quedar satisfecha con respecto a la necesidad de la creación de embriones por reemplazo del núcleo era necesaria para dicha investigación. Hasta el 2000 ninguna solicitud había sido realizada⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ GONZÁLEZ Morán, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Op.Cit. p.p. 98–99.

⁴⁸⁵ ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op. Cit. p. 204.

⁴⁸⁶ Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, June 2000, p. 7.

En cuanto a la ley inglesa de 1990, en relación con el preembrión dedica el artículo 3: Nadie: a) llevará a cabo la creación de un embrión, ni b) almacenará o utilizará un preembrión, excepto en el caso de que tenga permiso para ello. Ningún permiso podrá autorizar a: a) almacenar o utilizar preembriones después de que haya aparecido la línea primitiva. A los efectos de lo anterior, se considerará que la línea primitiva ha hecho su aparición al final del período de catorce días, que comienza el día en que los gametos se mezclan, sin que se compute a estos efectos, el tiempo durante el cual pueda permanecer el embrión almacenado. La normativa del Reino Unido es la más permisiva en esta materia, consintiendo no sólo la investigación y experimentación con embriones sobrantes, sino incluso permitiendo la producción de embriones con la única finalidad de su utilización para la investigación.

Entre las finalidades de esta ley no se incluía en un primer momento la clonación terapéutica, ni se excluía, pero hay un mecanismo en la ley para expandir dichas actividades a la luz de los nuevos adelantos científicos. Haciendo uso de este mecanismo, la autoridad nacional en la materia *Human Fertilisation and Embryology Authority*, propuso al Gobierno del Reino Unido que la clonación terapéutica fuera uno de estos fines permitidos, propuesta de reforma que fue votada y aprobada (por una clara mayoría, pues en la Cámara de los Lores la votación quedó 212 – 92 y en la Cámara de los Comunes 366 – 174) en el Parlamento Británico el 19 de diciembre de 2000, entrando en vigor el 31 de enero de 2001. El cambio legislativo ha venido a hacer posible que el Reino Unido sea el primer país del mundo en autorizar la creación *ad hoc* mediante clonación de preembriones con fines de investigación, siempre que se destruyan pasados los 14 días⁴⁸⁷. Más tarde, por medio de la Ley de Clonación Humana Reproductiva, promulgada en diciembre del 2001, se penaliza la implantación de un embrión humano clonado en el útero de una mujer⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ GARROTE Fernández – Díez, Ignacio. Op.Cit. p. 181

⁴⁸⁸ RUBIO Núñez, Rafael. El Estatuto Jurídico de la Vida por Nacer. p. 79.

En 1998 la autoridad que nace a raíz de la *Human Fertilisation and Embryology Act*, la *Human Fertilisation and Embryology Authority*, propuso reformar la ley para poder permitir la investigación con células madre embrionarias con objetivos terapéuticos; y en enero de 2001 la Cámara de los Lores votó a favor de las reformas propuestas. Es así como el Instituto Roslin⁴⁸⁹ obtuvo licencia por un año para investigar con células madre embrionarias que se hayan obtenido de algunas de las siguientes fuentes: a) de preembriones que hayan sido creados para la reproducción a través de técnicas de FIV y que posteriormente hayan sido donando para este fin; b) de preembriones creados a través de la estimulación de los óvulos donados para dividirlos como un preembrión (aunque no hayan sido fertilizados) en un proceso conocido como partenogénesis. Esta licencia ha sido la primera en su clase⁴⁹⁰.

Finalmente, la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 ha tenido una serie de enmiendas a lo largo del tiempo. En el 2005 el Comité Selectos de la Cámara de los Comunes en Ciencia y Tecnología publicó un informe sobre las Técnicas de Reproducción Humana y su Ley. Esta investigación se centró en el marco legislativo vigente y en los desafíos que presentaban los avances tecnológicos y los recientes cambios en las actitudes éticas y sociales. A la luz del Informe que emite el Comité el departamento de Salud llevó a cabo una revisión de la Ley de 1990; posteriormente llevaron a cabo una consulta pública sobre la base de la revisión que se hizo de la Ley, posteriormente se publicó el Libro Blanco, que era una revisión de la Ley de Fertilización Humana y Embriología, dentro del cual el gobierno presentó sus propuestas iniciales para enmendar la Ley. Después, un Comité Mixto, que comprendía la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, examinó las recomendaciones del Gobierno y aportó sus puntos de vista acerca de cómo debería ser el formato

⁴⁸⁹ Es un instituto gubernamental de investigación ubicado cerca de Edimburgo, y está financiado por el Consejo de Investigación en Ciencia Biológica y Biotecnología del Reino Unido. Uno de los rostros más emblemáticos del Instituto es de la oveja Dolly.

⁴⁹⁰ Todas las líneas celulares provenientes de preembriones y que se deriven de la investigación autorizada posteriormente deberán ser depositadas en un bando especializado del mismo país, con el fin de que puedan ser usadas en otras investigaciones, pero queda prohibido utilizarlas para tratamientos clínicos. En GONZÁLEZ De Cancino, Emilssen, Op. Cit. p. 125.

final del proyecto de Ley para que se presentase ante el Parlamento. Finalmente, dicho proyecto de Ley fue llevado ante la Cámara de los Lores en noviembre de 2007, pasando por la Cámara de los Comunes a lo largo de la primavera y el otoño de 2008, para recibir la sanción Real el 13 de noviembre de 2008⁴⁹¹.

A través de este proceso se implementó una serie de reformas o enmiendas a la normativa de 1990, entre estas reformas caben destacar dos: 1) el asegurar que la creación y el uso de los preembriones creados fuera del cuerpo, sea cual sea el método utilizado en su creación, están sujetos a regulación, y 2) añadir disposiciones que aclaren el alcance legal de las actividades de investigación con preembriones, incluyendo aquellos preembriones humanos mezclados, *admixed embryos* (preembriones en los que se combinan tanto material humano como animal), quimeras. Estas enmiendas se dieron por etapas, en abril de 2009 se revisaron una serie de conceptos y sus definiciones, posteriormente, en octubre de 2009 las enmiendas que se realizan a la normativa de 1990 surten efectos, un claro ejemplo de estas enmiendas son la autorización de investigación con preembriones humanos mezclados. Y en abril de 2010 se permite a personas del mismo sexo y personas que no están casadas optar por la maternidad subrogada⁴⁹².

3.3 Evolución Administrativa

A la par de evolución del *Human Fertilisation and Embryology Act* fueron surgiendo una serie de instrumentos que emanaban de autoridades administrativas con el fin de regular mejor las prácticas que conllevaban hasta

⁴⁹¹ <http://www.hfea.gov.uk/134.html>

⁴⁹² Human Fertilization and Embryology Act de 2008.
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

el momento las insipientes técnicas de fertilización *in vitro* y que se analizarán grosso modo con el fin de entender mejor el cuerpo normativo del Reino Unido.

Curioso resulta el hecho de que no hay legislación específica en el Reino Unido que regule la investigación sobre células madre una vez que se hayan extraído del embrión, o la investigación encaminada a extraer células madre de otras fuentes no embrionarias, tales como fetos abortados o células adultas. Un Código de Prácticas establecido por el *Polkinghorne Committee* en 1989 es el que regula el uso de tejidos fetales, mientras que las pautas provenientes de colegios profesionales y de investigación y del Departamento de Salud rigen la investigación de manera más general⁴⁹³.

En Junio de 1999 el gobierno británico anunció la creación de un Grupo de Expertos encabezado por el Director General de Salud, el profesor Liam Donaldson, con el fin de aconsejar sobre si las nuevas áreas de investigación y el uso de embriones debería ser permitida para obtener un mayor entendimiento de las enfermedades que dañan los tejidos y órganos, con el fin de dar con nuevos tratamientos. Este Comité, además tenía como propósito asesorar sobre posibles alternativas al uso de embriones en la investigación y alcanzar los mismos fines; también se preocupan por las cuestiones técnicas y de seguridad que pueden generar este tipo de investigaciones⁴⁹⁴. También resaltó las bondades encontradas en las llamadas células madre o totipotenciales y acepta el otorgamiento de fondos públicos para la realización de investigaciones sobre embriones y su estructura celular de acuerdo a la Ley de 1990. Los embriones utilizables pueden ser aquellos creados *in vitro* por cuestiones de fertilización⁴⁹⁵. Cabe destacar que este grupo no se ocupó de las cuestiones éticas relacionada con la investigación con preembriones, pues ya existía un fuerte sistema regulatorio en la materia que había debatido estos temas, por lo que se le solicitó a este Comité que sólo debatiera las cuestiones

⁴⁹³ Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, June 2000, p. 7.

⁴⁹⁴ Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, June 2000, p. 12.

⁴⁹⁵ MUÑOZ de Alba Medrano, Marcia. Op. Cit. p.p. 106 - 107.

éticas de la extracción de las células embrionarias para su uso en nuevas terapias y tratamientos.

Posteriormente, el Departamento de Salud⁴⁹⁶ del Reino Unido, a través del Grupo de Expertos, en junio del año 2000 emite un reporte⁴⁹⁷ denominado “*Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility*” donde considera que las fuentes de células madre son: a) embriones jóvenes (blastocito) creados a través de la fertilización *in vitro*; ya sea los sobrantes de los tratamientos de fertilización asistida o los creados específicamente para la investigación y experimentación: b) los embriones jóvenes creados insertando el núcleo de una célula adulta en un óvulo al que se le ha quitado el núcleo, esto es un reemplazamiento de núcleo, o incluso llamado clonación somática; c) las células germinales obtenidas de un feto abortado; d) las células de la sangre del cordón umbilical en el momento del nacimiento; e) algunos tejidos adultos, como la médula ósea; y f) las células de tejidos adultos reprogramadas para poder comportarse como células madre. Aunque reconoce que existen diferentes fuentes de células madre también dice el reporte que estos diferentes tipos de células madre difícilmente contarán con las mismas propiedades o el mismo potencial a la hora de desarrollar tejidos particulares, tampoco ignora que las células que provienen de embriones jóvenes (preembriones) son las que cuentan con el mayor potencial.

Subsiguientemente, dicho Grupo de Expertos emite una serie de recomendaciones en su reporte, de las cuales caben resaltar: a) la investigación usando embriones humanos con el fin de entender enfermedades y sus curas a través de terapia celular debería estar permitida, pero sujeta al control del *Human Fertilisation and Embryology Act*; b) en la concesión de

⁴⁹⁶ Este reporte fue emitido por el *Chief Medical Officer's expert group reviewing the potential of developments in stem cell research and cell nuclear replacement to benefit human health*.

⁴⁹⁷ Este reporte trata de explicar la ciencia básica y mira los beneficios potenciales que tendría para la salud humana la investigación con células madre embrionarias, y no pierde de vista las cuestiones técnicas y de seguridad que trae aparejada este tipo de investigación. También considera los aspectos legales y éticos de esta materia y, finalmente, el Comité emite una serie de conclusiones y recomendaciones acerca del uso de células madre en la investigación y la creación de embriones para estos fines.

licencias para cualquier investigación que use embriones creados por el remplazo de núcleo, la autoridad en la materia debe tener claro que no hay otra forma de alcanzar los objetivos que se plantea la investigación; c) los individuos que aportan tanto los óvulos como el espermatozoides necesario para crear el embrión que al final se vaya a destinar a la investigación deben dar su consentimiento específicos indicando si los embriones restantes pueden ser utilizados en los proyectos de investigación que requieren extraer las células madre; d) el progreso de las investigaciones con células madre que se han obtenido de embriones deben ser monitoreadas por un órgano apropiado que compruebe si dicha investigación está consiguiendo los beneficios que había anticipado y que identifique las preocupaciones que puedan surgir; e) la necesidad de una legislación que permita el uso de células derivadas de embriones en los tratamientos desarrollados a partir de esta nueva investigación debe ser objeto de constante revisión; y f) el Consejo de Investigación debe ser alentado a establecer un programa de investigación con células madre y estudiar la viabilidad de establecer colecciones de células madre para su uso en la investigación⁴⁹⁸.

3.4 El Reino Unido y el Status del Preembrión

Cabe hacer la aclaración que en el texto de las diversas legislaciones inglesas no se encuentra el término de “preembrión”, aunque desde la Comisión Warnock se acepta el plazo de los catorce días como límite para la investigación con embriones. Aun así hoy en día el Reino Unido sigue una serie de principios en cuanto al preembrión: a) el preembrión de la especie humana guarda un status especial pero no es en absoluto equiparable al status que se le otorga a un niño nacido o un adulto; b) tiene derecho a un respeto mayor que el que se le da a embriones de otras especies; c) el respeto que se le da no es absoluto y puede ser sopesado a favor de los beneficios que generaría la investigación que se propone realizar; y d) al preembrión humano se le debe

⁴⁹⁸ Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, june 2000, p.p. 45-48.

garantizar en alguna medida protección legal⁴⁹⁹. A pesar de esto, sólo la legislación inglesa autoriza la creación de preembriones con el fin de destinarlos a la investigación, además regula los “*admixed embryos*”, convirtiendo la normativa del Reino Unido la más permisiva de las normativas estudiadas⁵⁰⁰.

A pesar de que es precisamente la Comisión Warnock quien establece el término de los primeros catorce días, como se ha mencionado previamente, la legislación británica no hace uso del término preembrión, pero sí que hace uso del término preimplantario para hacer referencia al embrión joven. Al final, parece ser que una palabra no cambia el trato otorgado a dicho ente, pues la tendencia que se sigue es no prohibir a priori investigaciones que podrían resultar beneficiosas para la sociedad⁵⁰¹.

Hoy en día la *Human Fertilisation and Embryology Authority* ha otorgado una serie de licencias para investigación con embriones humanos, investigaciones que siguen activas y que han sido otorgadas a institutos de investigación especializados en la materia, hospitales y universidades⁵⁰². Algunos títulos de los proyectos autorizados son: “*In vitro development and implantation of normal human preimplantation embryos and comparison with uni- or polypronucleate pre-embryos*”⁵⁰³, “*improving methods for preimplantation genetic diagnosis of inherited genetic disease and predicting embryo quality*”⁵⁰⁴, “*Environmental sensitivity of the human pre-implantation embryo*”⁵⁰⁵ entre otros. Lo importante es resaltar el uso del adjetivo preimplantario en los títulos de los proyectos en cuestión, para referirse al uso del preembrión en la investigación.

⁴⁹⁹ Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, june 2000, p. 38.

⁵⁰⁰ DOBERING Gago, Mariana. “*La investigación con células embrionarias totipotenciales*”. Anuario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 257-258.

⁵⁰¹ VIDAL Casero, María del. Carmen. “*La experimentación con embriones/feto*”. Revista Bioética y Ciencias de la SALUD, Vol. 4, No. 2, p. 9.

⁵⁰² http://www.hfea.gov.uk/docs/2015-04-02_research_projects_with_centres_titles_and_links_to_minutes.pdf

⁵⁰³ <http://guide.hfea.gov.uk/guide/ShowPDF.aspx?ID=5498&merge=1>

⁵⁰⁴ <http://guide.hfea.gov.uk/guide/ShowPDF.aspx?ID=5548&merge=1>

⁵⁰⁵ <http://guide.hfea.gov.uk/guide/ShowPDF.aspx?ID=5513&merge=1>

Sin lugar a dudas, la legislación inglesa resulta ser de las más permisivas en la materia, pero esto no se traduce en una total desprotección del preembrión, pues reconoce que se le debe cierto grado de respeto y dignidad, como se viene afirmando desde el Reporte Warnock y a través de las nuevas disposiciones legislativas. Si no se exigiera cierto grado de respeto hacia el preembrión los requisitos exigidos por la *Human Fertilisation and Embryology Authority* para solicitar licencia de investigación con preembriones humanos no serían tan severos, pues se requiere de una serie de revisiones y presentaciones ante diferentes Departamento y Comités. Pero, a pesar de esto, en el balance final se valora más los beneficios que aportan los resultados de la investigación en cuanto a la detección y cura de enfermedades que hasta ahora no se entienden muy bien.

4. Estados Unidos

Estados Unidos cuenta con la más sofisticada y avanzada industria biotecnológica por lo que se le podría considerar en esta materia como potencia y referente mundial, por lo que es menester analizar las diferentes posturas que ha adoptado este país a lo largo de los cambios políticos y sociales de las últimas décadas. El enfoque que un país como los Estados Unidos le ha dado al avance de la biomedicina y la tecnología genética no puede realmente entenderse sin una adecuada comprensión de la larga tradición de valorar sobre todo la libertad individual, el libre mercado y la libre empresa, así como una amplia concesión a los médicos y demás profesionales. Al mismo tiempo, la libertad religiosa es también ampliamente valorada, y las fuertes posturas religiosas suelen influenciar los debates de políticas públicas. Un claro ejemplo es que las personas en Estados Unidos son libres de abortar,

de usar anticonceptivos, de optar por técnicas de reproducción asistida y de llevar a cabo investigaciones con preembiones⁵⁰⁶.

La investigación con células madre embrionarias ha sido un tema moral y legalmente contencioso en Estados Unidos, al igual que en muchos otros países, debido a las opiniones muy arraigadas y defendidas por algunos grupos que defienden la idea de que el embrión es persona por sí mismo o sujeto con derechos y un inherente status legal y moral. La plataforma normativa de Estados Unidos ha sido variable y variada, sin seguir alguna lógica más allá de cambios de actitud moral de acuerdo al partido político en el poder, siendo los demócratas los que se inclinaban más hacia permitir la investigación con embriones, y los republicanos los que terminaron prohibiendo que dichas investigaciones se llevaran a cabo con fondos federales.

4.1 Contexto histórico y político

Ahora bien, centrándose en el tema en cuestión, resulta cuando menos interesante el hecho de que la palabra preembrión no aparece en el reporte emitido por el *Ethics Advisory Board* de 1979, tampoco ningún especialista en embriología humana formaba parte de este comité, donde probablemente se asentó por primera vez la regla de los primeros catorce días y donde se sugirió que el embrión humano merecía respeto, pero no el mismo grado de respeto que se le otorga a un ser humano dotado de personalidad. Las recomendaciones que emite este comité no fueron aprobadas por ninguna autoridad por lo que en 1980 cesó de existir⁵⁰⁷. Después de la desaparición del *Ethics Advisory Board* y en ausencia de otro comité que aprobase la investigación, fue negada la financiación proveniente del presupuesto público federal y al mismo tiempo la financiación privada quedaba sin regular.

⁵⁰⁶ ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op. Cit. p. 194.

⁵⁰⁷ FERRER Colomer, Modersto y PASTOR García, Luis Miguel. “*The preembryo’s short lifetime. The history of a word*”. Op. Cit. p. 679.

Posteriormente, a pesar del reporte publicado por este comité ético de la *American Fertility Society*, el gobierno continuó mirando hacia otro lado. Por esta razón, la *American Fertility Society* y el *American College of Obstetricians and Gynecologists* organizaron el *National Advisory Board on Ethics in Reproduction* en 1992, con la finalidad de que hiciese lo mismo que la *Voluntary Licensing Authority* en el Reino Unido⁵⁰⁸.

En 1998 un reporte de investigación de Estados Unidos describe el éxito obtenido al extraer células madre de embriones jóvenes. En esta investigación 5 líneas celulares fueron extraídas de 14 blastocitos (que fueron cultivados de 36 preembriones donados). Un grupo de investigadores reportó que era posible producir una línea celular, derivada de blastocitos humanos, estable en un laboratorio. A los embriones sobrantes en las clínicas de infertilidad se les permitía desarrollarse hasta la etapa de blastocito, se aislaba la masa celular interna y cinco líneas de células madre embrionarias fueron establecidas usando técnicas que se habían desarrollado usando células de primates no humanos. Las líneas celulares fueron cultivadas entre 4 y 5 meses sin diferenciación pero aún mantenían el potencial de formar todos los principales grupos de capas germinales embrionarias⁵⁰⁹.

Tiempo después, con relación al uso de células totipotenciales, en Estados Unidos los institutos nacionales de salud emitieron las Recomendaciones en torno a la Investigación sobre Células Pluripotenciales (*Guidelines for Research Involving Human Pluripotent Stem Cells*), en diciembre de 1999. En dicho documento se acepta la investigación sobre embriones utilizando fondos públicos, siempre que sean aquellos sobrantes creados en procesos de fertilidad. Esta postura es apoyada por el gobierno del Presidente demócrata William Clinton, posteriormente, con el Presidente republicano George Bush (2000-2008) se prohíbe la investigación con células madre, al menos con

⁵⁰⁸ Ídem p. 688.

⁵⁰⁹ THOMSON J, A. et al. "Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts". *Science* 282, 1998, p.p.1145-1147

fondos públicos. Así, la postural federal sobre la investigación en células madre dio un extraño giro a raíz de la declaración del presidente George W. Bush el 9 de 2001, quién estipuló que el financiamiento para las investigaciones celulares podría realizarse exclusivamente sobre líneas celulares ya creadas. En esta orden ejecutiva se acordó que los institutos nacionales de salud proveerían a los investigadores de material existente (64 líneas celulares).

Con el Congreso vacilando acerca de otorgar financiación a la investigación que involucraba embriones humanos, gran parte de la investigación con embriones en materia de FIV fue llevada a cabo por el sector privado. A finales de 1999, toda la investigación con células madre totipotentes y pluripotentes en los Estados Unidos se había desarrollado en este sector, con los grupos de investigación clave pertenecientes a la Universidad de Wisconsin y a la Universidad Johns Hopkins, financiados por la Corporación Geron. Lo interesantes es que no existía ningún sistema de regulación federal que tratara lo relacionado con la investigación con embriones en el proceso de FIV⁵¹⁰.

La prohibición del Congreso de financiar con fondos públicos no se extiende a la financiación pública para la investigación con células madre embrionarias extraídas con fondos privados, puesto que las células madre embrionarias no son en sí embriones. Cabe recordar que la administración de Clinton anunció en el 2000 que financiaría la investigación con células madre embrionarias y autorizó la creación del Instituto Nacional de Salud (*National Institute of Health*) para que desarrollara los procesos para hacerlo. El Instituto emitió una serie de lineamientos para la financiación pública y estaba preparado para hacer la primera concesión cuando la administración de Bush puso dicha concesión en suspenso en marzo de 2001. Después de examinarlo nuevamente, el Presidente George W. Bush anunció que su administración financiaría dichas investigaciones sólo con líneas de células que hubiesen sido extraídas antes

⁵¹⁰ GOTTWEIS, Herbert. Op.Cit. p.p. 452 – 453.

del 9 de Agosto de 2001, el día de su anuncio⁵¹¹. Con la reelección del Presidente Bush los límites a la financiación permanecerán sin cambio alguno.

Un paso importante hacia la creación de una política tendiente a explicar la importancia de la investigación con células madre embrionarias lo dio el Presidente Clinton cuando contacta a la Comisión Nacional Asesora de Bioética (*National Bioethics Advisory Commission*), con el fin de que emitiera una revisión de los problemas médicos y éticos asociados con este tipo de investigación. En septiembre de 1999, dicha Comisión entregó su reporte de dos volúmenes al Presidente Clinton. Después de un profundo debate acerca de las implicaciones éticas, científicas, legales y sociales de la investigación con células madre, la Comisión apoya firmemente la investigación con células madre embrionarias⁵¹². En junio de 1993, el Presidente Clinton revoca la moratoria en el uso de fondos federales para la investigación con embriones mediante el *Revitalization Act* del *National Institutes of Health*. Ahora este tipo de investigación podía recibir fondos federales como medio de financiación⁵¹³.

Por otro lado, fue Estados Unidos uno de los primeros países en el que se llegara a plantear la clonación de preembriones humanos exclusivamente con fines terapéuticos. A partir de un Informe elaborado en 1997 por un grupo de expertos en Bioética y Derecho de todo el país (*National Bioethics Advisory Commission*) se llevaron cabo distintas propuestas legislativas con la finalidad de prohibir la clonación, sin distinguir entre la reproductiva o la terapéutica. La primera de ellas, la *Cloning Prohibition Act 1997*, tenía como objetivo prohibir la transferencia nuclear en seres humanos. Lo mismo sucedía en la *Human Cloning Prohibition Act* de 1998, que al final, junto con la *Prohibition on Cloning Human Beings* de 1998, no fue aprobada⁵¹⁴.

⁵¹¹ ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. Op. Cit. p. 215.

⁵¹² Ibidem.

⁵¹³ FERRER Colomer, Modersto y PASTOR García, Luis Miguel. “*The preembryo’s short lifetime. The history of a word*”. Op. Cit. p. 688.

⁵¹⁴ GARROTE Fernández – Díez, Ignacio. Op.Cit. p.p. 179 – 180.

Lo cierto es que en el pasado se había permitido el uso de la financiación federal en la investigación con células madre embrionarias derivadas de fetos abortados, pero no se estaba muy clara la situación concerniente al problema crucial de los embriones supernumerarios que eran donados por las parejas que se sometían al tratamiento de FIV. Al respecto, se empezó a adoptar una ideología que sostenía que no había duda al considerar que la investigación con células madre en los Estados Unidos sería clave a la hora de ayudar a los americanos en la lucha contra enfermedades gravísimas para las cuales no se tenía cura; por lo que se argumentó que se debería proporcionar financiación federal para la investigación con células madre embrionarias pues, aparte de las cuestiones de salud, situaría a Estados Unidos a la vanguardia de la ciencia y la tecnología⁵¹⁵.

El Presidente George W. Bush tomó posesión de la presidencia en 2001, cuando se empezaron a correr los rumores de que el presidente cambiaría la política de células madre adoptada por el gobierno anterior y adoptaría una política más bien restrictiva hacia la financiación y la regulación de dicha práctica. Posteriormente el Presidente George W. Bush declara que el dinero de los contribuyentes ya no se destinará a la creación de embriones para la investigación ni al estudio de células de embriones recién destruidos. La nueva regulación proponía proteger los derechos del *nasciturus* y la libertad de investigación, a la vez que busca fomentar el progreso médico en Estados Unidos⁵¹⁶.

En el 2001 el entonces presidente George W. Bush iba a decidir si podían gastarse fondos federales para usar embriones humanos con el propósito de obtener células troncales para destinarlas a investigaciones científicas y terapéuticas, un investigador le dijo que él consideraba que los grupos de células de pocos días de edad no podían ser considerados un embrión, ni siquiera un individuo, sino más bien un preembrión, además señaló que encierran el potencial de una vida, pero que todavía no es vida pues no puede

⁵¹⁵ GOTTWEIS, Herbert.Op.Cit. p. 454.

⁵¹⁶ Ídem p. p. 458 – 459.

desarrollarse por sí misma. Por otro lado un filósofo ético rechazó ese argumento arguyendo: “No se engañe, ese grupo de células es la forma como usted y yo y todos los demás iniciamos nuestra vidas; nos pesaría el corazón si las usáramos, porque son las semillas de la próxima generación”⁵¹⁷. En el mismo sentido, la Asociación Médica Americana también maneja el concepto de preembrión, y en su Código de Ética Médica de 2001 señala lo siguiente: “La práctica de congelar los preembriones extras preparados en un proceso de fertilización *in vitro* ha facilitado a parejas infértiles la posibilidad de conservar embriones para implantes futuros”⁵¹⁸. A pesar de lo anterior, el Congreso se opone vigorosamente al uso de recursos federales para apoyar cualquier tipo de investigación que use embriones, o preembriones, humanos, aunque sean sobrantes de tratamientos de infertilidad, por lo que todo lo poco que se hace a lo largo de esos años en materia de investigación de infertilidad en ese país corre por cuenta de la iniciativa privada.

Finalmente, el Presidente George W. Bush y sus asesores terminan por considerar al preembrión, como al embrión congelado almacenado en clínicas de fertilidad, y líneas celulares investigables son aquellas obtenidas de embriones previamente destruidos. En el discurso del Presidente George W. Bush, que fue televisado el 9 de agosto de 2001, se daba a entender que él consideraba las líneas celulares a las derivadas de embriones destruidos, y por ende ya no vivos, por lo tanto resulta legítimo el destinarlos a la investigación, mientras que los óvulos fertilizados y congelados tienen un status diferente, un status de embrión vivo⁵¹⁹.

En Estados Unidos, el 9 de agosto de 2001, el Presidente George W. Bush decidió el otorgamiento de los recursos económicos basándose, de acuerdo a lo que expresó, en los reportes preparados por los *National Institutes of Health*,

⁵¹⁷ PÉREZ Tamayo, Ruy. “Los problemas éticos del uso de embriones humanos”. Revista Este País, julio 2004, p. 53.

⁵¹⁸ PÉREZ Tamayo, Ruy. “Los problemas éticos de la conservación de los embriones humanos”. Op. Cit. p.p. 50-53.

⁵¹⁹ MAIENSCHIN, Jane. “Part II – What’s in a Name: Embryos, Clones, and Stem Cells”. Op. Cit. p.19.

la *National Bioethics Advisory Commission* y el Consejo de Asuntos Científicos de la *American Medical Association*. El gobierno de Estados Unidos autorizó otorgar fondos federales para realizar investigaciones que usen células troncales embrionarias humanas que se sujeten a los siguientes criterios: 1) que el proceso de derivación se hubiera iniciado antes de las 9:00 pm hora de verano del Este de Estados Unidos del 9 de agosto de 2001; 2) que el embrión del que se derivaron las células, se haya creado con fines reproductivos, pero que no se haya necesitado; y 3) que la donación del embrión se haya efectuado mediante consentimiento informado y que ésta se diera sin estímulo económico⁵²⁰.

Evidentemente, con la entrada de Bush a la Administración, y con él los conservadores republicanos, se reactivó el proceso, y la *Human Cloning Prohibition Act* de 2001, que viene a prohibir cualquier clonación de preembriones por transferencia nuclear somática, fue aprobada por el Congreso el 31 de julio de 2001. Una propuesta alternativa que se presentó fue la *Cloning Prohibition Act* de 2001, que incluía la autorización para clonar preembriones con fines de investigación, dicha propuesta fue desechada por el Congreso. A lo largo de este periodo se fueron dando una serie de propuestas, como la *Stem Cell Research Act* de 2001, que buscaba autorizar el uso de fondos públicos para la investigación con células troncales que provenían de embriones supernumerarios, pero no para embriones creados específicamente por clonación. Por último, la más conservadora de las propuestas fue la *Human Cloning Research Prohibition Act* de 2001, la cual se propone impedir el desvío de los fondos públicos a través de aportaciones destinadas a la investigación relacionada con la transferencia nuclear somática aplicada a embriones humanos⁵²¹. Y estas propuestas sólo son algunas de muchas, quizás durante la gestión de George W. Bush la medicina y la ciencia sufrió un sinfín de impedimentos legales que se desprendían de una política conservadora, sin embargo, a pesar de no contar con apoyo económico de la Federación, la

⁵²⁰ RUDOMIN Zevnovaty, Pablo. Op. Cit. p.p. 29-30.

⁵²¹ GARROTE Fernández – Díez, Ignacio. Op.Cit. p.p. 180 -181.

investigación médica no se rezagó gracias al invaluable apoyo del sector privado.

El Informe que emite en el 2002 el Consejo de Bioética del Presidente, *“Human Cloning and Human Dignity”*, aborda detalladamente las cuestiones morales centrales que plantean la investigación con células madre embrionarias: a) cuál es el status moral del embrión humana extracorpóreo; y b) si es moralmente permisible destruir un embrión para obtener células madre embrionarias. Resulta innegable el hecho de que a lo largo de la presidencia de George W. Bush mucho se ha debatido el status del embrión en sus primeros día, preembrión, y como resultado han sido muchos los documentos que se redactaron para tratar el tema, pero no es el objetivo de la presente investigación estudiar todos estos documentos a fondo.

Al mismo tiempo, dicho Consejo de Bioética considera que el debate sobre las células madre embrionarias se ha terminado puesto que ahora que se cuenta con una forma éticamente neutral de obtener células madre de una manera tan elegante y hermosa que incluso los razonamientos científicos inclinarán a los investigadores más tenaces a dejar al preembrión humano de lado. Otros bioéticos, científicos y políticos argumentan que la investigación con células madre embrionarias debería continuar⁵²². Aunque la reprogramación de células adultas reporta un importante avance y grandes ventajas, lo cierto es que sigue resultando más fácil la obtención de las células pluripotentes de los preembriones.

Hasta el 2002, 29 Estados contaban con declaraciones legales que estipulan que la vida humana comienza desde la concepción o fertilización, y nueve Estados prohibían cualquier tipo de investigación o experimentación que dañase a los embriones humanos. Louisiana llega a considerar al embrión

⁵²² ZOLOTH, Laurie. Op. Cit. p. 11.

fertilizado *in vitro* como una persona ante la ley a quien sus progenitores y las clínicas de fertilidad deben un cuidado razonable⁵²³.

Al 2004 once países de los Estados Unidos habían prohibido la investigación con células madre embrionarias, cabe suponer que también prohibían la obtención de dichas células a través de la destrucción del preembrión. Pero Estados como California y Nueva Jersey parecen permitir la creación de preembriones a través de FIV con el único propósito de destinarlos a la investigación⁵²⁴.

George W. Bush estaba demasiado preocupado acerca de los efectos que el progreso científico, tecnológico y biotecnológico podría tener en la dignidad humana. Dignidad, argüía la crítica, era la palabra clave para poder sofocar a la ciencia y los beneficios que proveía, desacreditándola y reprimiéndola a través de un dogmatismo moral⁵²⁵. La postura adoptada en Estados Unidos a lo largo de la administración de Bush se asemeja en gran medida a la seguida por Alemania, ya que ambos países asumen que el embrión es persona o un ente moral y legal y por lo cual no debería ser destruido por obtener células madre embrionarias o por ningún otro propósito. Sin embargo, si personas en el sector privado o fuera del país destruyen embriones con el fin de conseguir estas líneas celulares, ambos países han aceptado que se puede financiar con fondos públicos y llevar a cabo investigación con ellas en cuanto no existan bases para pensar que al hacerlo causarían una mayor destrucción de embriones.

En cuestiones relacionadas con la investigación de técnicas de FIV Estados Unidos se encuentra tan adelantado como lo están otros países. Por ejemplo, el Estado de California contempla como ilegal *“hacer uso de algún producto de la concepción humana abortado para cualquier tipo de investigación científica o de laboratorio o para algún tipo de estudio o experimentación, excepto en el*

⁵²³ DOERFLINGER, Richard. Op. Cit. p. 42.

⁵²⁴ WALTERS, LeRoy. Op. Cit. p. 14.

⁵²⁵ AUGUSTINE Lawler, Peter. Op. Cit. p. 23.

caso de preservar la vida y la salud del feto”⁵²⁶; el Estatuto de Michigan prohíbe la investigación sin fines terapéuticos con embriones o con fetos que se sabe serán objeto de un aborto planeado, así como investigación no terapéutica con embriones, fetos y recién nacidos humanos vivos. La *Maternal, Fetal and Infant Experimentation Act of New Mexico*, estipula que ningún feto debe ser involucrado como sujeto en ninguna actividad de investigación clínica, al menos que el propósito de dicha actividad sea la de satisfacer las necesidades de salud del feto y que el feto será puesto en el menor de los riesgos. Lo cierto es que tanto las leyes de los ejemplos como las demás leyes del país, constatan que las leyes estatales ofrecen verdaderamente poca orientación, si es que ofrecen alguna, en el área de investigación en FIV⁵²⁷.

La política federal de los Estados Unidos, al comienzo del mandato del Presidente Barack Obama, favorece la investigación con células madre que derivan de líneas celulares de preembriones supernumerarios de los tratamientos de FIV con el fin de proteger a los contribuyentes de la complicidad moral que supone la creación de preembriones con el fin único de destinarlos a la investigación⁵²⁸. Es así como la administración del Presidente Obama, terminó con la iniciativa del ex Presidente George W. Bush que financiaba la investigación de los métodos emergentes que buscaban conciliar la visión de la dignidad del embrión (y por ende del preembrión) y de considerarlo más que un recurso natural que se pueda crear o generar y posteriormente destruir en aras del progreso científico⁵²⁹.

El Presidente Barack Obama nombró un consejo asesor que le ofrecería orientación en cuanto a una política definida basada en el conceso razonable. Ese conceso sería el producto de la reflexión de expertos sobre las implicaciones más profundas de la deliberación cívica estadounidense. Para

⁵²⁶ “to use any aborted product of human conception...for any type of scientific or laboratory research or for any other kind of experimentation or study, except to preserve the life and health of the fetus”.

⁵²⁷ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

⁵²⁸ BROWN, Mark. “Moral Complicity in Induced Pluripotent Stem Cell Research”. Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 19, No. 1, 2009, p. 1.

⁵²⁹ AUGUSTINE Lawler, Peter. Op. Cit. p. 26.

encontrar ese “punto en común”, lo que deben hacer los ciudadanos estadounidenses es reconocer, con ayuda de expertos, lo que en realidad saben a través de la ciencia y que los valores nacionales que tienen en común. Y más tarde el mismo Presidente admitió que estaba “por encima de su salario” el determinar exactamente cuándo un ser se convierte suficientemente humano para otorgarle derechos. Augustine considera que el Presidente debió haber añadido que, de cara a la incertidumbre, la decisión necesaria deberá ser tomada por los ciudadanos estadounidenses a través de sus legislaturas⁵³⁰.

4.2 Jurisprudencia

Hay que tener en cuenta que algunas Constituciones cuentan con una “lista abierta” de derechos, entendiendo como tal, en sentido estricto, aquella enumeración de derechos que contiene un precepto que, de una u otra forma, expresa que los derechos mencionados en el texto no agotan el catálogo de los que quedan reconocidos por la Constitución. El ejemplo paradigmático de esta solución está representado por la Constitución de los Estados Unidos⁵³¹, en su Enmienda IX señala: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”. Esto es, aunque la Constitución, a lo largo de las veintisiete Enmiendas, no contemple algún derecho en particular no se traduce en el hecho de que se nieguen o menosprecien los derechos que el pueblo americano considere

⁵³⁰ El Presidente Obama añade que se debe respetar a aquellos que difieren del consenso. Pero eso no significa que se deba permitir que sus opiniones contrarias rijan o influyan la política pública, y lo que el Presidente denomina respeto razonable a su juicio de consciencia es en realidad bastante limitado. A esto, muchos podrían argumentar que sería más bien antidemocrático permitir que un grupo de expertos determine el verdadero consenso bioético. Y seguramente es ofensivo, como considera Augustine, para algunos de los ciudadanos que se les diga que sus opiniones morales no son científicas y por ende ilegítimas. Podrían responder que la ciencia no provee de suficiente orientación acerca de *quién* es un ser humano. AUGUSTINE Lawler, Peter. Op. Cit. p.p. 23-27.

⁵³¹ REVENGA Sánchez, Miguel. Op. Cit. p.p. 102-104; DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 40.

relevante y retenga con el paso del tiempo y con el cambio de la realidad a causa de los avances científicos y tecnológicos.

En materia de jurisprudencia americana, o precedentes, hay dos sentencias muy similares que merece la pena mencionar, por su relevancia en este tema. La primera, es la Sentencia de *Roe v. Wade*, que primero conoció el Tribunal de Distrito, del Distrito Norte de Texas y posteriormente fue apelado ante la Suprema Corte de Justicia, y la segunda, es la Sentencia *Doe v. Bolton*, que fue presentada en Georgia y apelada también ante la Suprema Corte de Justicia, ambas Sentencia del 22 de enero de 1973. Y aunque los detalles particulares del caso no son de interés para el presente trabajo, cabe resaltar que la relevancia de estas sentencias radica en que se legaliza la interrupción voluntaria del embarazo y se introduce el criterio de “viabilidad” del embrión o feto como límite para la realización del aborto. En la primera sentencia, *Roe v. Wade*, se habla de dividir el embarazo en tres trimestres y cómo en cada una de estas etapas el embrión o feto va adquiriendo mayor viabilidad y por ende mayor grado de protección. De hecho en las opiniones particulares de los jueces queda evidenciado un serio debate filosófico y teológico sobre el tema pues, a través de una serie de citas de Aristóteles y San Agustín, parecen no tener claro si consideran que no se puede hablar de ser un ser humano dotado de alma desde el momento de la concepción o si, por el contrario, no concierne al hombre definir el momento en que un ser tiene alma y merece protección. Lo que resulta indiscutible es la diferencia que guardan las sentencias norteamericanas con las alemanas, mientras estas últimas abogan por la teoría de la continuidad y protegen la vida humana desde el inicio y la sobreponen a cualquier otro derecho, las sentencias norteamericanas tienden a considerar que la protección debe ser gradual, que no merece total protección sino hasta la 28 semanas de gestación, en algunos Estados hasta las 24 semanas⁵³², cuando el feto ya es capaz de vivir fuera del seno de la madre, es viable, entes

⁵³² Aunque recientemente se hablaba de reducir dicho plazo a 20 semanas en lugar de 24 o 28 semanas, lo cual ha producido conmoción en organizaciones como *Planned Parenthood* pues alegan que a las 20 semanas algunas malformaciones aun no son detectables. <http://www.elmundo.es/internacional/2015/05/08/554bcd5e22601ddf6d8b456c.html>

de ese periodo, el derecho de autodeterminación y de privacidad de la madre se antepone al derecho de la vida y a la dignidad de la vida por nacer⁵³³.

Otra sentencia que guarda relación con el presente trabajo es la Sentencia de *Davis v. Davis*, dictada por el Tribunal Superior de Tennessee puesto que estudia el status legal del preembrión y valora si ha de considerarlo persona o propiedad, además es la primera sentencia que lo hace, a pesar de que en el momento de la disputa existían más de 20.000 preembriones criopreservados. En primera instancia ante el Tribunal de Maryville⁵³⁴, se reconoció que la vida comienza desde la gestación y por ende preembrión *in vitro* y criopreservado es un ser humano; pero el tribunal de apelación, el Tribunal Superior de Tennessee, no sostiene la línea del tribunal de primera instancia, más bien cita la sentencia de *Wade v. Roe* y no reconoce al preembrión como persona, pero tampoco deben ser considerados propiedad, sino más bien “...*interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life*”. A pesar de que el *nasciturus* carece de los mismos derechos que una persona, se reconoce que merecen mayor respeto que una propiedad debido a que encierran el potencial de vida. Siendo así, los progenitores no se consideraban propietarios de los preembriones criopreservados, pero si tenían derecho a decidir sobre el futuro de los mismos.

⁵³³ Roe v. Wade (<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>)

Doe v. Bolton (<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/179>)

⁵³⁴ De hecho, a lo largo del caso hubo un debate acerca del uso del término preembrión: “*The trial court heard testimony in August 1989, during which experts disagreed about the proper terminology for the preembryos. Jerome Lejeune, a geneticist from France, claimed that the four-to eight-cell entities were early human beings and could be called either embryos or preembryos. Irving Ray King, the gynecologist who performed the IVF procedures testified that the accepted term was preembryo, a claim that was supported by the American Fertility Society, headquartered in Birmingham, Alabama, and other experts who testified.*” Sin embargo, los jueces del Tribunal Supremo discrepan con la opinión sostenida por el tribunal de primera instancia y sostiene: “*the importance of semantics in the case, not because the terminology used would decide the outcome, but because inaccurate terminology might lead to misanalysis. Based on the expert testimony at trial... accepted that the cryopreserved entities were preembryos, although many, especially in the media, called them frozen embryos*” <https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992>, y <https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-brief-1992> y http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm

4.3 Stem Cell Research Enhancement Act

La historia de la investigación con células madre embrionarias y de las políticas que las rigen se remonta a mediados de la década de 1970, poco después de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de *Roe v. Wade*, que se han analizado previamente, donde se discute el cómo llevar a cabo la investigación ética en el tejido fetal humano. Pero en realidad, como ha quedado constatado en apartados anteriores, el mayor problema que ha enfrentado la sociedad americana es la inconsistencia a la hora de legislar, pues cada cambio de gobierno y cambio de partido político se traduce en un cambio de directriz. Es verdad que tanto presidentes conservadores como progresistas han reducido la financiación federal destinada a este tipo de investigaciones atendiendo a razones éticas, pero la posición adoptada por el Presidente George W. Bush limitó seriamente el avance en esta área e ignoró las directrices éticas. Ahora se analizarán la serie de propuestas de ley que se dieron con el fin de legislar en materia de investigación con células madre embrionarias.

i. Stem Cell Research Act of 2001

Esta propuesta de ley, que viene a enmendar ciertas secciones de la Ley de Servicios de Salud Pública, permitía al Secretario de Salud y Servicios Humanos únicamente llevar a cabo, apoyar y/o financiar la investigación con embriones humanos cuando tengan como finalidad obtener células madre embrionarias y la utilización de las mismas sólo de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Servicios de Salud Pública. De acuerdo a esta propuesta, las células madre embrionarias sólo podían ser derivadas de los embriones obtenidos de las técnicas de fertilización *in vitro* y que fuesen donados por las clínicas. A su vez, prohibía la creación de embriones con el único fin de destinarlos a la investigación⁵³⁵. Este proyecto fue votado y apoyado por la Cámara de Senadores y por la de los Representantes, a pesar de que estaba a

⁵³⁵ <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/2059/text>

favor de la financiación federal, sin embargo dicho proyecto nunca se aprueba por el Presidente y no se hace Ley. Cabe mencionar, que durante el debate de dicho proyecto se fueron dando una serie de propuestas que tenían el mismo objetivo pero que tampoco lo lograron:

- *Responsible Stem Cell Research Act of 2001*. Este Proyecto de ley habría requerido el establecimiento de un banco de donantes de células madre donde se almacenaran células madre derivadas de la sangre del cordón umbilical, tejido de la placenta y tejidos adultos. No autorizaba el uso de embriones.
- *Support for Pluripotent Stem Cell Research*. Este Proyecto habría expresado la voluntad del Congreso de apoyar la financiación federal de la investigación con células madre pluripotentes.
- *Stem Cell Research for Patient Benefit Act of 2001*. Uno de sus objetivos principales era apoyar la investigación con células madre pluripotentes derivadas de embriones y tejidos fetales; así como llevar a cabo estudios periódicos con el fin de determinar el estado actual de conocimiento sobre células madre derivadas de tejidos adultos.
- *New Century Health Advantage Act*. Dicho Proyecto buscaba apoyar o desarrollar la investigación con células madre pluripotentes que se derivasen de embriones supernumerarios creados a través de las técnicas de fertilización *in vitro* y que excedieran las necesidades clínicas.
- *Cell Development Research Act of 2001*. Buscaba la creación de un Grupo Asesor del Desarrollo de la Célula para emitir recomendaciones a la *Food and Drug Administration* en relación con el desarrollo celular y la investigación con células madre embrionarias.
- *Science of Stem Cell Research Act*. El Proyecto de Ley habría establecido una Junta de Investigación de Células Madre dentro del

poder legislativo a efectos de la política del Presidente en cuanto a dichas investigaciones⁵³⁶.

Al igual que el *Stem Cell Research Act*, ninguno de estos Proyectos de Ley se aprobaron y se quedaron como Proyectos, como meras intenciones de regular la investigación con células madre embrionarias derivadas de preembriones. Pero hay que tener en cuenta que todos estos intentos por legislar se dan a lo largo de la presidencia de George W. Bush y su postura conservadora influye en la resistencia en aprobar dichos proyectos.

ii. Stem Cell Research Enhancement Act of 2005

Este Proyecto de Ley fue el primero en ser formalmente vetado por el Presidente George W. Bush, a pesar de haber sido aprobada por ambas Cámaras del Congreso, pero por menos de una mayoría de dos terceras partes necesaria para anular el veto⁵³⁷. Este proyecto busca modificar la Ley de Servicio de Salud Pública con el fin de apoyar la investigación con células madre embrionarias, independientemente de la fecha en la que se hayan obtenido las líneas celulares de los embriones, siempre que dichos embriones: a) hayan sido donados por clínicas de fertilización *in vitro*; b) fuesen creados para tratar la infertilidad; c) ya no resulten necesarios para las personas que buscaban dicho tratamiento y ya no serán implantados en una mujer, por lo que serían descartados y los convertiría en supernumerarios; y d) hayan sido donados por estas personas con consentimiento escrito y sin ningún tipo de incentivo económico⁵³⁸.

⁵³⁶

National

Institutes

of

Health.<http://stemcells.nih.gov/policy/legislation/Pages/archive107.aspx>

⁵³⁷ MISNA, Lucas. Stem Cell Based Treatments and Novel Considerations for Conscience Clause Legislation. *Indiana Health Law Review*, Vol. 8, No. 2, 2011, p.p. 471-496.

⁵³⁸ Stem Cell Enhancement Act 2005. <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/810/text>

Esta Ley habría permitido la financiación federal de la investigación con células madre en las nuevas líneas celulares derivadas de embriones creados para los procesos de fertilización *in vitro* y que al final fuesen descartados. Pero habiendo sido vetada por el Presidente, sigue la suerte de su predecesora y se queda únicamente como Proyecto de Ley.

iii. Stem Cell Research Enhancement Act of 2007

Tiempo después, la *Stem Cell Enhancement Act* de 2007 ganó gran apoyo por parte de los defensores de la investigación con células madre embrionarias, pero este proyecto de ley impuso una serie de directrices a la hora de otorgar financiación, concediendo prioridad a la investigación que obtenga células pluripotentes no derivadas de los embriones, como lo recomendó el Consejo de Bioética del Presidente, tal es el caso de las células reprogramadas⁵³⁹.

Así, dos años después, se propone una legislación federal que buscaba, una vez más, modificar la Ley de Servicio de Salud Pública con el fin de impulsar la investigación con líneas celulares obtenidas de embriones, su contenido era similar a su predecesora, el *Stem Cell Research Enhancement Act* del 2005. Una vez más el Proyecto fue aprobado por ambas Cámaras del Congreso y de nuevo el Presidente George W. Bush la vetó, y el Congreso no buscó revertir o anular dicho veto del Presidente.

La única innovación que introduce este Proyecto de Ley es el de requerir el desarrollo de técnicas para el aislamiento, derivación y la producción de células madre capaces de producir todos o casi todos los tipos de células del cuerpo en desarrollo y que implicaría una mejor comprensión de las mismas y el desarrollo de tratamientos para enfermedades, pero que no se deriven de

⁵³⁹ ZOLOTH, Laurie. Op. Cit. p.16.

embriones⁵⁴⁰. En otras palabras, a pesar de promover la investigación con preembriones supernumerarios también busca alternativa en las células madre adulta con el fin de no depender de los embriones para este tipo de investigaciones y evitar dilemas éticos que son los que frenan la aprobación de dichos Proyectos de Ley.

iv. Stem Cell Research Enhancement Act of 2009

El Proyecto de Ley fue reintroducido en el Congreso, primero en la Cámara de Representantes y unos días después en la Cámara de Senadores, posteriormente fue remitida a la Comisión de Energía y Comercio, y después se envió a la Comisión de Salud, Educación, Trabajo y Pensiones, donde se leyó dos veces y terminó por archivarse pues a la fecha no ha sido aprobada ni vetada⁵⁴¹. Cabe mencionar que en el mismo año, el Presidente Barack Obama emite una Orden Ejecutiva titulada “*Removing Barriers to Responsible Scientific Research Involving Human Stem Cells*”, a través de dicha Orden el Presidente sobresalta la importancia que guarda la investigación con células madre tanto de origen embrionario como no embrionario y se propone revocar y dejar sin efecto las limitaciones impuestas por el Gabinete anterior del Presidente George W. Bush en cuanto a la financiación federal⁵⁴². Sin embargo, a pesar de lo anterior, dos días después de haber levantado la prohibición de financiar con dinero de la Federación este tipo de investigaciones, a través de una modificación del *Omnibus Appropriations Act of 2009*⁵⁴³ se prohíbe la financiación federal de la investigación en la que el embrión o embriones humanos sean destruidos, descartados o sometidos a riesgos de lesiones o muerte.

⁵⁴⁰ Stem Cell Research Enhancement Act of 2007. <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/senate-bill/5/text>

⁵⁴¹ Stem Cell Research Enhancement Act of 2009. <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/873/text>

⁵⁴² Removing Barriers to Responsible Scientific Research Involving Human Stem Cells. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-03-11/pdf/E9-5441.pdf>

⁵⁴³ Es una ley para el gobierno de los Estados Unidos que combina los gastos y la financiación de las operaciones de cada uno de los departamentos del Gabinete, a excepción de los Departamentos de Defensa, Seguridad Nacional, y Asuntos de Veteranos y los agrupa en una solo Ley de presupuestos.

Dos años después, en el 2013, se vuelve a introducir el Proyecto de Ley bajo el nombre de *Stem Cell Research Enhancement Act of 2013*, el texto se lee igual a los anteriores y actualmente se encuentra en el Subcomité de Salud. Evidentemente queda constatado una postura pro-investigación con células madre embrionarias con financiación federal con el Gabinete de Barack Obama, de hecho un Tribunal de apelación para el circuito de D.C escucha argumentos contra la financiación federal a la investigación con células madre embrionarias, al final la decisión del Tribunal resultó favorable para los defensores de la investigación pues dicho Tribunal defiende la sentencia del Tribunal de primera instancia que desestimó la demanda contra la expansión de la administración del Barack Obama de fondos federales a la investigación con líneas celulares⁵⁴⁴.

4.4 Estados Unidos y el Status del Preembrión

Al preembrión algunas veces se le ha considerado como una persona “legal” con derechos. Pero la jurisprudencia de los Estados Unidos de América no parece apoyar esta corriente, es decir, hoy en día el preembrión no es considerado una persona con derechos independientes. De hecho, la Corte ha dictaminado, en cuanto al status del feto, que el feto no es una “persona” de acuerdo al significado de la Enmienda Decimocuarta⁵⁴⁵. En base a esto, viendo que ni el feto es considerado como una persona, en el sentido legal, se considera un error reconocer al preembrión como una persona en sentido constitucional⁵⁴⁶, pues dicha interpretación se extiende al preembrión.

El principio de autonomía es crucial en la jurisprudencia norteamericana, está construido en base a un modelo racional, competente, adulto, libre de

⁵⁴⁴ <http://www.researchamerica.org/advocacy-action/issues-researchamerica-advocates/stem-cell-research/timeline-major-events-stem-cell>

⁵⁴⁵ Específicamente se refiere al primer párrafo, que habla de la ciudadanía y la protección de las leyes como derechos de los ciudadanos.

⁵⁴⁶ MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. Op.Cit. p.p. 258 – 309.

ejercer sus derechos de acuerdo a sus propios valores. Pero su concepto de autonomía individual, con la libertad de ejercer sus derechos de acuerdo con sus deseos, valores y creencias, simplemente no se puede estirar lo suficiente para incluir al preembrión.

De hecho, es más bien en este país donde se ha llegado a considerar al preembrión como propiedad de los progenitores. Incluso sostienen que los derechos de los progenitores se encuentran por encima de los del mismo preembrión, como es el caso de lo que se dice del Estado de Louisiana: los derechos reproductivos de los progenitores deberían erigirse como baluartes contra los esfuerzos del Estado, de forzar que los preembriones sobrantes sean dados en adopción para implantación. El interés del Estado en forzar la adopción consistiría en dar al preembrión la oportunidad de desarrollarse⁵⁴⁷.

Estados Unidos sólo autoriza la extracción de células madre embrionarias cuando proceden de preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, es cierto que los embriones no tienen un status constitucional inherente, aunque algunos Estados han prohibido la investigación con embriones en términos generales, pero al final dichas leyes suelen ser consideradas inconstitucionales por lo que no han constituido un límite a la investigación con embriones⁵⁴⁸. Y de las jurisprudencias analizadas se concluye que los mayores problemas que han suscitado los preembriones giran en torno a la propiedad de los mismos.

Finalmente, para concluir el presente análisis del tratamiento legal norteamericano a la investigación con células madre embrionarias y el particular status del preembrión, cabría resaltar un razonamiento que resulta cuando menos interesante: la única limitación que se impone, por muy importante que sea, desde la administración americana a este tipo de prácticas científicas es una limitación puramente económica, en el sentido de restringir la

⁵⁴⁷ Ibidem.

⁵⁴⁸ ROBERTSON, John. *“Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics”*. Op. Cit. p. 203.

asignación de los fondos federales y para ciertas células generadas a partir de una determinada fecha establecida sin fundamento científico. Curiosamente, no existe, sin embargo, prohibición alguna para que en el ámbito privado se destinen fondos con el objetivo de desarrollar proyectos para la investigación con células embrionarias provenientes de la fecundación *in vitro*. Por lo que se termina por mezclar concepciones éticas y morales con sistemas de financiación pública, y ésta última responde a intereses e ideologías políticas del partido político en el poder; pero poco tienen que ver las bases científicas y legales en las medidas adoptadas por este país. No debe perderse de vista el hecho de que a pesar de la restricción de fondos federales, Estados Unidos no deja de constituirse como una de las principales potencias mundiales en investigación con células embrionarias.⁵⁴⁹ Las meras posiciones abstencionistas no consiguen, sino dejar en manos de las grandes empresas privadas y de los intereses económicos de ellas, así como en manos de ciertas universidades, los avances científicos.

5. México

Las normas existentes en los países latinoamericanos con relevancia para el tema de la reproducción asistida son muy dispersas, y, salvo excepciones, no consisten normalmente más que en ciertos principios generales que se inscriben en el marco del Código Civil, del Código Penal o de la misma Constitución. El caso particular mexicano resulta interesante principalmente por dos motivos: el primero es la estrecha relación que hay entre México y España, pues por cuestiones históricas España ejerce una gran influencia en la sociedad mexicana y por ende en su sistema legal. Y en segundo lugar por la cercanía geográfica, y por lo tanto cultural, que existe entre Estados Unidos y México, pues resulta innegable el hecho de que un país de tanto peso científico, así como económico, como es Estados Unidos influye en gran

⁵⁴⁹ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p. 121.

medida sobre el gobierno mexicano, muchas veces marcando las pautas que se han de seguir a la hora de legislar en ciertas materias, como lo sería la investigación con preembriones. Lo cierto es que la gran mayoría de los científicos mexicanos, tanto en áreas médicas como jurídicas, realizan parte de su formación en alguno de estos dos países y esto juega un gran papel a la hora de hacer ciencia y leyes en México.

En México todavía se conservan las aprehensiones propias de la cultura de la desconfianza, que a su vez es comprensible en un Estado donde todavía no se han dado los pasos para consolidar la democracia. La vulnerabilidad de las instituciones genera incertidumbre, y esto propicia actitudes de reserva, cuando no de temor y hasta de rechazo, ante las incógnitas que plantean los extensos horizontes de la ciencia⁵⁵⁰. A razón de esto se observa un vacío jurídico en la legislación mexicana pues no se aborda de manera explícita la regulación de la investigación o utilización clínica de células madre embrionarias. La ausencia de leyes en esta materia, abre la puerta a que grupos externos se planteen realizar proyectos en el territorio mexicano que pudieran eludir las restricciones jurídicas o éticas que en diversos países ya existen.

Hasta hace unos pocos años la discusión había sido más ideológica que jurídica, ya que el problema no había sido planteado ante las Cámaras ni los tribunales. *Prima facie* es válido postular que en el orden jurídico mexicano no se le reconoce al embrión el carácter de persona, ya que de ningún precepto constitucional o legal se puede concluir lo contrario. A consecuencia de lo anterior, desde el punto de vista jurídico México carece de legislación especial en materia de investigación biomédica o genética. El conflicto ideológico que subyace en torno al preembrión ha producido en México una parálisis legislativa, que de manera paradójica afecta por igual los derechos de las personas nacidas, como la tutela que debe darse al preembrión y al embrión. Ante la falta de regulación legislativa de la fecundación *in vitro* opera una autorregulación de los médicos que la practican, carente de todo acto de

⁵⁵⁰ VALADÉS, Diego. Op. Cit. p. 405.

control sanitario por parte del gobierno. Siendo así, existe el riesgo de que se generen abusos en contra de las personas usuarias de estas técnicas de reproducción, y una total desprotección del preembrión, del embrión y del feto⁵⁵¹.

5.1 El preembrión y la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos

Lo anterior se traduce en una laguna en el marco legal que hay que darse a la tarea de cubrir. Ahora bien, en cuanto a lo que se refiere a la Constitución, en el 2002 el Diputado Luis Fernando Sánchez Nava, del Partido Acción Nacional (PAN), presentó un proyecto legislativo que tenía como objeto la reforma y adición al artículo 1º de la Constitución Mexicana sobre el derecho a la vida. Se buscaba añadir un párrafo al artículo en cuestión para que quedase como sigue *“Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho a la vida, desde el primer instante de su existencia, como el primero y anterior a cualquier otro derecho”*⁵⁵². Dicho proyecto no fue aprobado y actualmente el artículo 1º de la Constitución Mexicana no contiene ese párrafo ni hace mención al derecho de la vida, pero de haberse aprobado el debate se centraría en establecer el momento en que inicia la vida. Aun así, cabe mencionar que la Constitución mexicana señala en este artículo: *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte... Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*. De lo anterior se

⁵⁵¹ MORALES Aché, Pedro Isabel. “El estatus jurídico del embrión en México”. En Nexos, julio 2006, México, p. 44.

⁵⁵² BRENA Sesma, Ingrid. “Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México”. Op. Cit. p. 321.

concluye que aunque la Constitución no contempla explícitamente el derecho a la vida, lo hace a través de los Tratados Internacionales a los que se adhiere y a los que da el rango de Ley Suprema⁵⁵³.

Como ya se ha mencionado, el derecho a la vida no se contempla en la Constitución *per se*, pero de la lectura del artículo 22, y con ayuda de la hermenéutica jurídica, se puede concluir que la vida es un derecho constitucionalmente reconocido, dicho artículo establece que “*quedan prohibidas las penas de muerte...*”, por lo que se busca el pleno respeto hacia la vida del hombre, quedando estrictamente prohibido el privarlo de ella.

Dos años más tarde, en abril de 2004, el diputado Guillermo Enrique Tamborrel Suárez (PAN) presenta otro proyecto de reforma al artículo 1º de la Constitución Mexicana, con este proyecto se pretende agregar la discriminación en base a las características genéticas⁵⁵⁴. A la fecha, dicha reforma no ha sucedido (la última reforma a este párrafo se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011) ya que el último párrafo del artículo 1º, que era el que se pretendía reformar, se lee de la siguiente manera: “*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas*”. Aunque dicha reforma no tuvo lugar, podría entenderse que dentro de las palabras “*cualquier otra que atente contra la dignidad humana*” encontraría amparo la discriminación motivada por las características genéticas, es un caso de “derecho no escrito”, pero que se desprende de la lectura del precepto que si comprende la Constitución.

⁵⁵³ Esto se desprende de la lectura del Artículo 133 de la misma Constitución, que señala: “*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión*”.

⁵⁵⁴ BRENA Sesma, Ingrid. “*Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México*”. Op. Cit. p. 322.

En cuanto a la libertad de investigación científica, el artículo 3º de la Constitución Mexicana, en su facción V, señala que el Estado tiene la tarea de apoyar la investigación y la ciencia. En base a lo anterior, se deduce que el Estado mexicano va más allá de reconocer la libertad de investigación, y se compromete a fomentar el desarrollo de la investigación científica y tecnológica en el país. De la misma manera, la Ley de Ciencia y Tecnología de 5 de junio de 2002, reglamentaria del artículo 3º constitucional, se plantea, en su artículo 1.1, como objetivo regular los apoyos que el gobierno federal está obligado a dar para impulsar el desarrollo de la investigación en el país⁵⁵⁵.

En relación a los preembriones y su protección constitucional en México, el artículo 4º de la Carta Magna mexicana, en su párrafo cuarto, establece que *“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”*, y esto podría dar a entender que dicha protección y derecho a la salud y bienestar se extiende también al preembrión. Por un lado, hay quienes sustentan que en México el hecho de que el preembrión carezca del carácter de persona se encuentra implícito en los actos de fecundación *in vitro*, que si bien no están regulados legislativamente, es indiscutible que tienen un sustento constitucional por ser medios para hacer efectiva la libertad reproductiva, y el derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 4º, por lo que por definición son lícitos y están permitidos, requiriendo tales técnicas la crioconservación de los embriones supernumerarios (se estima que en México existen varios miles de embriones crioconservados), lo que sería inaceptable si tales preembriones tuvieran la calidad de persona⁵⁵⁶.

En el mismo sentido, la vida del preembrión también se encuentra amparada bajo los artículo 14 y 16 constitucionales, al establecer que *“nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...”*⁵⁵⁷; y *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o*

⁵⁵⁵ Ídem p. 290.

⁵⁵⁶ MORALES Aché, Pedro Isabel. Op. Cit. 44.

⁵⁵⁷ Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*posiciones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento*⁵⁵⁸. Pero la controversia radica en incluir al preembrión en el término de “nadie” y de “persona” , afortunadamente esta controversia se ve resuelta por el constituyente cuando por motivo de las reformas a los artículos 30, 32 y 37 en materia de nacionalidad, señaló expresamente, en el artículo tercero transitorio, que *“Las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto, seguirán aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma contenida en el presente decreto*”⁵⁵⁹. Con lo que queda evidenciado que el constituyente les reconoce derechos constitucionales a los preembriones, y por ende hay académicos y juristas que consideran que no hay discusión legal eb cuantosi es o no persona⁵⁶⁰.

5.2 Jurisprudencia

En cuanto a la jurisprudencia, lo cierto es que es escasa, puesto que los tribunales colegiados de circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han emitido más bien resoluciones en torno a la prueba genética de filiación. Aun así hay algunas sentencias que conviene resaltar en cuanto al derecho a la vida y la dignidad.

Aunado a la protección que le brinda la Constitución al embrión, o no nacido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su papel de máximo intérprete de la Constitución ha establecido a lo largo de sus tesis jurisprudenciales los siguientes puntos:

⁵⁵⁸ Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁵⁹ Decreto por el que se declaran reformados los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de marzo de 1997. En <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

⁵⁶⁰ GARCÍA Fernández, Dora. “Protección jurídica del embrión humano”. Reviste TBIO, No. 1, 2011, p. 53.

- El derecho a la vida no sólo prohíbe la privación de la misma, sino que impone al Estado la obligación de preservar este derecho en el ámbito judicial, legislativo y administrativo. Por lo que se entiende que el Estado trasgrede este derecho cuando no adopta las medidas necesarias para preservarla y minimizar el riesgo de que se pierda en manos del Estado o de terceros⁵⁶¹.
- Queda amparada la protección a la vida del niño tanto antes como después del nacimiento, puesto que dicho derecho es inherente a la persona humana. También reconoce la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de la gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sanciona a quien le cause la muerte⁵⁶².
- Nadie podrá ser privado de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y la pena de muerte sólo podrá imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos⁵⁶³. Pero habría que preguntarse si este derecho se extiende a los preembriones. Es verdad, que entraría el tema del aborto, pero aun en este tema se considera que no se puede privar de la vida al producto de la concepción en base a sus características, ya que se consideraría discriminatorio⁵⁶⁴.
- El producto de la concepción se encuentra protegido desde el momento de la concepción y puede ser designado como heredero o donatario. Se concluye que el derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como

⁵⁶¹ Tesis Aislada LXI/2010, Enero 2011. "Derecho a la Vida. Supuestos en que se actualiza su transgresión por parte del Estado".

⁵⁶² Jurisprudencia 939, Septiembre 2011. "Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los Tratados Internacionales y de las Leyes Federales y Locales".

⁵⁶³ Jurisprudencia 13/2002, Febrero 2002. "Derecho a la vida. Su protección Constitucional".

⁵⁶⁴ Tesis Aislada P.IX/2002, Febrero 2002. "Aborto. El artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, no transgrede la garantía de igualdad, pues no autoriza que se prive de la vida al producto de la concepción".

de los tratados internacionales, en virtud del artículo 133 constitucional, y las leyes federales y locales⁵⁶⁵.

Con respecto a la dignidad, la jurisprudencia mexicana no lo cataloga como un derecho *per se* sino como un valor, un “*valor supremo...*” que se encuentra consagrado en el artículo 1º de la Constitución y mediante el cual “...se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo...”⁵⁶⁶. Además, el mismo artículo señala que queda prohibida la discriminación en base a cualquier condición o circunstancia que atente contra la dignidad personal, esto debido a que el ser humano posee “...una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental...y del cual se desprenden todos los demás derechos...dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida...”⁵⁶⁷. Finalmente, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, parte de la idea de que a reforma que sufre el artículo 1º constitucional el 10 de Junio de 2011 con el fin de cambiar el vocablo “individuo” por el de “personas” atiende a que el Constituyente Permanente quiso “...utilizar una expresión que no se refiera a un género en particular y abarcar a todo ser humano titular de iguales derechos...emanados de su común dignidad...”⁵⁶⁸.

La jurisprudencia no se centra en el status del preembrión, o del embrión en su defecto, no aporta ninguna solución ni respuesta a la hora de intentar resolver la cuestión del trato que debe brindarse a los preembriones, a las células madre que se obtienen de ellos y su uso para la investigación, así como el destino de éstos después de la crioconservación. Lo que sí se puede deducir es que en cierta medida el Constituyente ha sido cuidadoso con la redacción de

⁵⁶⁵ Jurisprudencia 14/2002, Febrero 2002. “Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los Tratados Internacionales y de las leyes Federales y Locales”.

⁵⁶⁶ Jurisprudencia I.5o.C.J/31, Octubre 2011. “Dignidad Humana. Su naturaleza y concepto”.

⁵⁶⁷ Tesis Aislada P.LXV/2009, Diciembre 2009. “Dignidad Humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales”.

⁵⁶⁸ Tesis Aislada VI.3o.A.1K, Febrero 2013. “Derecho a la Dignidad Humana. Es connatural a las personas físicas y no a las morales”.

los artículos constitucionales y parece preferir el término “ser humano” al de “persona”, no negando al no nacido su condición humana, por lo que derechos y valores como el derecho a la vida y la dignidad de alcanzan en mayor o menor medida, en problema radica en determinar el grado de dicha protección y qué derechos deben prevalecer sobre otros, es decir, enfrentados a la libertad de investigación científica, en México ¿qué debe prevalecer, la dignidad y el derecho a la vida del preembrión o la libertad de investigación que el Estado se ve también constitucionalmente obligado a fomentar?. El mayor problema es que ni la Constitución, ni la jurisprudencia ofrecen una fórmula que deba aplicarse para determinar el grado de protección, como lo hace el Tribunal Constitucional Español en sus sentencias 53/1985, 212/1996 y 116/1999, o incluso lo hizo la Suprema Corte de Justicia en los casos *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton* y el Tribunal Supremo de Tennessee en su sentencia de *Davis v. Davis*. Aun así, México parece guardar una postura conservadora al respecto y aunque es verdad que se carece de legislación y jurisprudencia apropiada en la materia, lo cual deja un vacío legal considerable que resulta atractivo para grupos de investigación científica, hay que tener en cuenta que entre los problemas actuales de la sociedad mexicana no priman una legislación actualizada y moderna que regule el status del preembrión, su uso en las investigaciones y/o experimentaciones biomédicas y genéticas y el grado de protección que deba otorgársele.

5.3 Hacia una legislación jurídica de investigación con células madre embrionarias

Sin embargo, la regulación que los códigos civiles mexicanos realizan respecto al no nacido en realidad no permite concluir que el preembrión sea considerado una persona, ni siquiera el embrión o el feto, ya que si bien establecen que “*desde el momento en que un individuo es concebido*”, entra bajo la protección de la ley se le tiene por nacido “*para los efectos declarados*” en los propios códigos civiles (que mediante una ficción jurídica sólo los

convierten en centro de imputación normativa para limitados efectos, como son reconocer su capacidad para heredar, siempre que estén concebidos al momento de la muerte del autor de la herencia, y reconocer su filiación y el derecho a alimentos, cuando hayan sido concebidos antes de la muerte del padre, todo ello condicionado al hecho de su nacimiento), por lo que se trata de una excepción al postulado que plantea que “*la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde por la muerte*”⁵⁶⁹. Básicamente, el Código Civil en México le otorga al concebido y no nacido una serie de derechos, que se resumen en: a) derecho a heredar y recibir donaciones; b) detener y modificar las obligaciones alimentarias de la sucesión hasta su nacimiento; y c) suspender la partición de la herencia. De lo anterior se podría derivar que la legislación civil reconoce, implícitamente, la existencia del *preembrión humano* como poseedor de ciertos derechos (aunque la capacidad jurídica la adquiera con el nacimiento) y no lo cataloga como mera cosa, en consecuencia es inadmisibles atentar contra su vida o su dignidad, sin embargo, decir que se le otorga el status de persona sea quizás demasiado.

Por otro lado, el Código Penal para el Distrito Federal en su Libro Segundo, Título Segundo, Capítulos I (Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Esterilización Forzada) y II (Manipulación Genética) ha incorporado algunos artículos relacionados con el tema (arts. 149, 150, 151 y 154 incisos 1,2 y 3). Es relevante el artículo 154 que sanciona a quienes: 1) Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que altere el genotipo; b) Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y c) Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícito. De la lectura de las disposiciones del código penal no se desprende en ningún momento que quede prohibida la investigación y/o experimentación científica con los preembriones sobrantes de las técnicas de fertilización *in vitro*, sólo deja claro que no está permitido la creación de preembriones con el fin único de destinarlos a la investigación.

⁵⁶⁹MORALES Aché, Pedro Isabel. Op. Cit. p.p. 42-43.

Es importante tener presente que la penalización del aborto no determina que el embrión sea persona. Asimismo, los tipos penales de aborto contenidos en los diversos códigos penales de México presuponen la existencia del embarazo, que ha sido definido por la Organización Mundial de la Salud y por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, como el proceso que comienza con la implantación, por lo que jurídica y fácticamente es posible distinguir entre el embrión preimplantatorio y el embrión postimplantatorio, siendo la muerte de este último el que permite considerar que se ha producido un aborto para efectos de la legislación penal, por lo que el denominado embrión preimplantatorio no está regulado por los tipos penales referentes al aborto⁵⁷⁰. Y en los casos de los capítulos de Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Esterilización Forzada, y Manipulación Genética en realidad no otorga ninguna garantía o protección al embrión preimplantatorio, o preembrión: se limita a estipular que queda prohibido la fecundación de óvulos humanos con un fin diferente a la reproducción, imponiendo una pena de dos a seis años, así como la inhabilitación, a quien incurra en esta acción considerada delictiva por el mismo Código Penal.

Del estudio de los códigos Penal y Civil para el Distrito Federal, se podría concluir que a groso modo se prevé cierto grado de protección del bien jurídico de la vida humana a lo largo de la gestión fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción en este sentido, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales⁵⁷¹. Con todo, lo cierto es que el feto, en las últimas fases de su desarrollo se encuentra protegido en casi todos los ordenamientos jurídicos, tanto civiles (a la hora de definir persona física y para cuestiones de sucesiones) como penales (en el caso del tipo penal de

⁵⁷⁰Ídem p. 43.

⁵⁷¹Ídem p. 42.

aborto), pero en la primera etapa de su desarrollo se encuentra en realidad desprotegido⁵⁷².

A pesar de lo anterior, resulta cuando menos evidente el rezago que sufre México en la materia de investigación biomédica y genética y, específicamente, cuando se trata del preembrión *in vitro*. Como ha quedado constatado, el Código Civil Federal, en su artículo 22 protege al individuo desde el momento de la concepción⁵⁷³, entendiendo como el momento de la concepción cuando el embrión se encuentra implantado en el vientre de la madre y no fuera de ella. En cuanto a la materia penal, además del artículo 154 y del resto comprendido en el Capítulo II, Título Segundo del Código Penal para el Distrito Federal, el 22 de julio del 2009 se introdujo una propuesta que pretendía incorporar un Capítulo específico referido a los delitos contra los derechos reproductivos, incorporado al Título Séptimo “Delitos contra la Salud”, pero para el Código Penal Federal⁵⁷⁴. El capítulo que se proponía adicionar se compone por siete artículos, en los que además de la inseminación no consentida, se incorpora la clonación, manipulación de genes humanos, disposición de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes; asimismo, la implantación de un óvulo fecundado no propio, sin consentimiento de la mujer y del donante y la esterilización provocada intencionalmente sin autorización de la persona. Estableciendo las sanciones correspondientes. En el artículo 199 Ter resulta evidente la clara influencia que ha tenido el ordenamiento español en la materia, pues se lee de manera muy similar a los artículos comprendidos en el Título Quinto del Libro Segundo del Código Penal, pues a la letra dice:

⁵⁷² DOBERNIG Gago, Mariana. “*El Status Jurídico del Preembrión en la Reproducción Asistida*”. Anuario Jurídico de la Universidad Iberoamericana de México, No. 2, 1998, p. 259.

⁵⁷³ Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

⁵⁷⁴ Cabe mencionar que el Código Penal vigente si contiene en su Título Séptimo los Delitos contra los Derechos Reproductivos - Adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012 -, pero sólo contempla los casos de inseminación artificial sin consentimiento, la esterilidad provocada y el implante de un óvulo ajeno o fertilizado con espermatozoide de donante no autorizado. No habla en ningún momento de la manipulación genética o de la prohibición de fecundar óvulos con fines distintos a la procreación.

Artículo 199 Ter.- *Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:*

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos⁵⁷⁵.

Respecto a la investigación con seres humanos y tejidos, la Ley General de Salud es la autoridad en la materia, que data de febrero de 1984 y las últimas reformas fueron en abril de 2015, es la Ley reglamentaria del artículo 4º constitucional, por lo que reglamenta el derecho a la salud, y en su artículo 3º fracción IX establece que “*es materia de salubridad general...IX. La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos*”; también, de acuerdo a la fracción XXVI del mismo artículo, salubridad es: “*El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células*”.

Se compone de 132 artículos, a lo largo de los cuales reconoce que el desarrollo de la investigación sanitaria debe someterse a aspectos éticos que garanticen la dignidad. Sin pretender limitar la libertad de los grupos de investigadores es necesario sujetarse a un control que tenga como base los principios científicos, éticos y en las normas de seguridad, principios como: a) en la investigación que se desarrolle en seres humanos tiene que prevalecer el respeto a su dignidad y a la protección de sus derechos; b) se necesita contar

⁵⁷⁵ <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=14626&lg=60>

con el dictamen favorable de las comisiones de ética, bioseguridad e investigación cuando la investigación es en seres humanos; y c) se constituirán comisiones de ética, bioseguridad e investigación en todas aquellas instituciones de salud donde se lleven a cabo investigaciones para la salud. Así, la Ley General de Salud sienta las bases para la investigación científica y tecnológica destinada a la salud; mientras que su reglamento provee, en el ámbito administrativo, el cumplimiento de la Ley General de Salud en lo relativo a la investigación sanitaria en los sectores público, social y privado⁵⁷⁶.

La Ley General de Salud consagra el Título Quinto a regular la investigación para la salud, consta de un Capítulo único que contiene 8 artículos. El artículo 100 es el que sienta los requisitos a cumplir a la hora de llevar a cabo investigación en seres humanos; en este apartado podrían configurarse las líneas con las que se sigue la investigación con embriones y fetos humanos a falta de mención expresa en la Ley. Y es el Reglamento⁵⁷⁷ de la Ley General de Salud, en su Capítulo II, en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y de cadáveres de seres humanos quien viene a suplir la ausencia de una ley especializada en la materia, en este Reglamento tampoco se hace referencia particular a la investigación con embriones o fetos humanos. Dicho artículo 100 y demás disposiciones del Reglamento no hacen distinción entre humanos nacidos o no nacidos, por lo que se tendría que entender que por analogía se aplica este artículo a la investigación con preembriones. Lo anterior es una mera suposición, pues para poder afirmarlo se tendría que analizar la postura de México ante el status del preembrión, es decir, si le considera ya un ser humano al que se le concede dignidad y el derecho a la vida o si lo considera un mero conjunto de células con el potencial de desarrollarse en un humano, digno de ser protegido pero al que no se le otorga el mismo rango que a un embrión más desarrollado; lamentablemente por el momento no se cuenta con una postura clara al respecto.

⁵⁷⁶ BRENA Sesma, Ingrid. “*Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México*”. Op. Cit. 301-302.

⁵⁷⁷ En 1987, tres años después de la publicación de la Ley General de Salud, fue publicado su Reglamento que consta de nueve títulos y 132 artículos y dos disposiciones transitorias referentes a su entrada en vigor.

Más adelante, en el título segundo de la Ley General de Salud trata de “Aspectos éticos de la investigación en seres humanos”, específicamente en el artículo 192, señala *“En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberán prevalecer el criterio de respeto a su dignidad y la protección a sus derechos y bienestar”*, por lo que siempre que se pretenda hacer una investigación con preembriones, se hará con criterios de riesgo mínimo en donde se proteja principalmente la salud del preembrión.

No es sino hasta el artículo 314 de la ley donde se define el término de embrión como, *“al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional”*. Posteriormente, el artículo 318 estipula *“para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan”*. Debido a las precarias disposiciones legales en la materia, es necesario hacer una verdadera interpretación legislativa a fin de aplicar preceptos relativos y de la factible aplicación. Finalmente, la última mención que hace la ley del embrión es en el artículo 330 y señala que queda prohibido *“El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos”*.

En cuanto a la condición jurídica del preembrión humano, antes de las reformas, la Ley General de Salud establecía tres distintas etapas de desarrollo: a)Pre-embrión: el producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación; b)Embrión: el producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la duodécima semana gestacional; y c)Feto: el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno⁵⁷⁸. La Ley General de Salud fue posteriormente reformada en el año 2000 y en ella ahora sólo se reconocen dos fases del desarrollo del *nasciturus*: la fase embrionaria y la fase fetal. Esto debido a que el legislador entiende que antes del embrión sólo existen las células germinales, el óvulo y el

⁵⁷⁸ GARCÍA Fernández, Dora. Op. Cit. p. 50.

espermatozoide. También se encuentra el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, en el que también se distinguen sólo dos fases de desarrollo: el embrión y el feto. Este reglamento se centra más bien en la investigación en embarazadas, pero cualquier investigación sobre el embrión deberá ser con el propósito de no causarle daño mayor al mínimo⁵⁷⁹. La fracción III del artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud también comprende una definición de embrión, esto es “*al producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación*”. En ningún lugar, tanto de la Ley como de su Reglamento, se especifica si se entenderá por embrión sólo al producto de la fecundación una vez anidado, o si influye el hecho de haber sido fecundado el óvulo de forma extracorpórea por mecanismos de fertilización asistida, como es el caso de la fertilización *in vitro*. Además, tampoco se prevé la crioconservación ni cualquier otro destino para los preembriones sobrantes de la práctica de la fertilización asistida, situación que a pesar de no estar específicamente regulada se lleva a cabo en las clínicas y centros de salud públicos y privados⁵⁸⁰, ni mucho menos sugiere posibilidades acerca del destino de los preembriones supernumerarios.

La Ley General de Salud no prevé explícitamente algún control sobre el uso de las células troncales embrionarias humanas con fines de investigación. Al parecer la normatividad mexicana no contraviene la posibilidad de que se usen células humanas obtenidas de embriones cuyo desarrollo se ha interrumpido, pues el artículo 342 referente al “Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos”, señala que “*cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o de investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud..*”.

⁵⁷⁹ <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/rlgsmis.html>

⁵⁸⁰ PUENTE de la Mora, Ximena. Op. Cit. p. 233.

Interesantemente, el artículo 321 Bis contempla la donación de células troncales para usos terapéuticos y para la investigación, siempre y cuando dicha donación sea de forma altruista y voluntaria y provengan de “*la sangre placentaria para obtener de ella células troncales*”, de hecho la Ley contempla un Registro Nacional de Sangre y de Células Troncales; sin embargo no contempla las células troncales embrionarias en ningún apartado de la ley, por lo que éstas quedan sin regular.

5.3.1 Evolución Administrativa

De acuerdo al artículo 97 de la Ley General de Salud, las instituciones gubernamentales que participan en el desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud son: la Secretaría de Educación Pública en coordinación con la Secretaría de Educación y con la correspondiente participación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; la Secretaría de Educación y los gobiernos de las entidades federativas apoyarán en funcionamiento de establecimientos públicos destinados a la investigación para la salud. No obstante, en materia de Bioética existe otra institución que no contempla la ley y que vela por las políticas del país en este sector. En 1989 el Consejo de Salubridad General funda el Grupo de Estudio de Bioética presidido por el Dr. Manuel Velasco Suárez, más adelante, en 1992, se crea la Comisión Nacional de Bioética en la Sala de Consejos de la Secretaría de Salud. En el 2000 se publica en el Diario Oficial el Acuerdo Presidencial, del Presidente Ernesto Zedillo, por lo que se crea con carácter permanente la Comisión Nacional de Bioética. En el 2003 se promueve la iniciativa para crear Comisiones de Bioética en las entidades federativas. En el 2005, por Decreto Presidencial, la Comisión Nacional de Bioética queda constituida como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud con autonomía técnica y operativa. Actualmente el Presidente de la Comisión es el Dr. Manuel H Ruíz de Chávez.

La Comisión Nacional de Bioética es la responsable de definir las políticas nacionales que plantea esta disciplina y entre sus objetivos se encuentran:

- Establecer políticas públicas en salud vinculadas con la temática bioética.
- Fungir como órgano de consulta nacional sobre temas específicos de bioética.
- Propiciar debates sobre asuntos bioéticos con la participación de los diversos sectores sociales.
- Fomentar su enseñanza, particularmente en atención médica y en atención en salud.
- Promover la creación de Comisiones Estatales de Bioética.
- Promover que en las instituciones de salud públicas y privadas, se organicen y funcionen Comités Hospitalarios de Bioética y Comités de Ética en Investigación con las facultades que les otorguen las disposiciones jurídicas aplicables

Otro intento que hace el gobierno mexicano por regular el creciente sector de medicina e investigación genómica es la creación del Instituto Nacional de Medicina Genómica. El 23 de octubre de 2000 se publicó en el Diario Oficial el decreto por el que se creó la Comisión Nacional sobre el Genoma Humano, la cual se integra por académicos de la Universidad Autónoma de México, la Secretaría de Salud, el Instituto Nacional de Salud Pública, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y la Fundación Mexicana para la Promoción de la Salud; es en el seno de esta Comisión dónde se asientan algunos de los principios rectores de la investigación en México. Más adelante, el 2 de agosto de 2005 se publicó un acuerdo por el cual se abrogó esta Comisión en virtud de la creación del Instituto Nacional de Medicina Genómica⁵⁸¹. La Cámara de Diputados aprobó la propuesta de ley sobre la creación del Instituto de Medicina Genómica que incluía la prohibición terminante de realizar estudios con cualquier tipo con células troncales, incluida por iniciativa del Partido de

⁵⁸¹ BRENA Sesma, Ingrid. “*Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México*”. Op. Cit. p. 317.

Acción Nacional (PAN); la propuesta de ley se envió al Senado pero este cuerpo legislativo, después de analizarla, eliminó la prohibición mencionada y la devolvió a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, en donde la ley fue aprobada⁵⁸². Este Instituto tiene como objetivo principal contribuir al cuidado de la salud de la sociedad mexicana a través del desarrollo de proyectos de investigación científica con tecnología de vanguardia, formación de recursos humanos de excelencia y generación de aplicaciones genómicas innovadoras para mejorar la atención de la salud, con apego a principios éticos universales y de respeto a los Derechos humanos⁵⁸³.

5.3.2 Iniciativas de Ley

En materia legislativa se han hecho un par de intentos por regular al preembrión y su inclusión en la investigación científica. La diputada Gloria Lavara Mejía (Partido Verde Ecologista de México) presentó en abril de 1999 una iniciativa de ley que regula las técnicas de reproducción asistida y la disposición de material genético humano; esta iniciativa se publicó en la Gaceta Parlamentaria no. 252. En la misma se denota la influencia de las legislaciones españolas pues usa el término de “preembrión”, y en su artículo 34 señala que se autoriza la investigación y experimentación con preembriones en los siguientes casos: a) si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal, b) Si se realiza con base en un proyecto debidamente presentado y autorizado por la Secretaría de Salud, atendiendo a las opiniones de la Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y la Consejo Nacional de

⁵⁸² PÉREZ Tamayo, Ruy. *“Los problemas éticos de la conservación de los embriones humanos”*. Op. Cit. p. 51.

⁵⁸³ De hecho, con respecto al avance de la investigación genómica y sus implicaciones legales, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, se ha implementado la Reunión Internacional de expertos sobre Derecho Genómico, en México, estos esfuerzos son pioneros en cuanto al tratamiento del tema. Su importancia es doble: abren espacio al debate jurídico al interior del país y acercan al derecho mexicano en su conjunto a los sistemas jurídicos más avanzados que han planteado soluciones a este tipo de problemas. En NIETO Castillo, Santiago. Op. Cit. p. 116.

Reproducción Asistida, y c) Si se realiza en los plazos autorizados⁵⁸⁴. Este proyecto de ley contemplaba la crioconservación de los preembriones no transferidos al útero por un periodo de cinco años, transcurrido este periodo sin que hayan sido reclamados, los preembriones serían destinados a la investigación, de acuerdo a los artículos 24 y 25. El art. 36 señala que sólo se podrán destinar para la investigación y experimentación los preembriones que no sean viables. Pero esta Ley se queda en iniciativa y nunca es aprobada, sin embargo se nota una clara influencia de la legislación española en este proyecto de ley.

Otro intento que se hizo fue el del diputado Francisco Salvador López Brito (PAN), quien presentó a finales de 2002 una iniciativa de ley para regular la investigación y aplicación clínica de las técnicas de reproducción asistida, dicha iniciativa pretendía evitar la manipulación del material genético humano, así como la comercialización de células madre embrionarias y prohíbe la creación de preembriones supernumerarios con el fin de evitar su eventual crioconservación o destrucción. Esta iniciativa no emplea el término de preembrión como lo hacía la anterior, se limita al uso del concepto de embrión⁵⁸⁵.

5.4 México y el Status del Preembrión

Es innegable que existe una gran laguna legal en la materia, pues se quiere cubrir esta deficiencia con la Ley General de Salud y su Reglamento, pero estas legislaciones resultan inadecuadas pues no tratan en absoluto la

⁵⁸⁴ Ley que regula las técnicas de reproducción asistida y la disposición de materia genético humano.

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/1999/04/asun_395_19990427_1507503.pdf

⁵⁸⁵ Ley para regular la investigación y aplicación clínica de las denominadas técnicas de reproducción asistida.

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2002/09/asun_64623_20020926_845631.pdf

investigación con preembriones. El único documento jurídico que hace mención de la manipulación genética es el Código Penal para el Distrito Federal, con él se quiso estar a la vanguardia en la materia, pero de la lectura de sus preceptos resulta evidente que adolece de lagunas, como la carencia de una legislación sanitaria que desarrolle los preceptos que regula, lo cual hacen complicada su aplicación. Es evidente la necesidad de establecer una regulación específica para la investigación y/o experimentación con células madre embrionarias, sin que dicha normativa se traduzca en un freno a los avances científicos que pudieran beneficiar profundamente a la comunidad mexicana. Es por esto, que a fin de subsanar y evitar futuras ambigüedades y lagunas, así como lograr unidad en el sistema jurídico, la legislación administrativa debe servir de sustento para que los códigos penales sancionen aquellas conductas que afecten intereses jurídicos que merezcan ser protegidos. Y aquí radica precisamente el mayor problema de la legislación mexicana⁵⁸⁶.

Se ha llegado al punto donde se tiene que delimitar el estatuto jurídico del preembrión humano, en los distintos niveles legislativos, desde la Constitución, hasta las leyes especializadas en la materia y por supuesto, las decisiones de los Tribunales, con el fin de homogeneizar criterios normativos⁵⁸⁷. Y es que en ausencia de este tipo de normativa que brinde respuestas satisfactorias, será el juez quien deba calificar como lícitas o ilícitas las técnicas de ingeniería genéticas y la investigación con células madre embrionarias, pero la duda de

⁵⁸⁶ BRENA Sesma, Ingrid. *“Hacia una regulación jurídica en México sobre la investigación con células troncales”*. Células troncales. Aspectos jurídico-filosóficos. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Estudios Jurídicos Núm. 83, 2005, p.p. 190-193.

⁵⁸⁷ Debido a que en México no hay un estatus jurídico del preembrión, ni del embrión, hasta ahora se ha limitado a ratificar el marco jurídico internacional que regula la materia de investigación biomédica y del estatus del embrión. Siendo así, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991 y el 20 de mayo de 1981, aprobados por la Cámara d Senadores del Congreso de la Unión el 19 de junio de 1998 y el 18 de diciembre de 1980, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Carta Magna. En Jurisprudencia 939, Septiembre 2011. “Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los Tratados Internacionales y de las Leyes Federales y Locales”.

muchos académicos es la misma: ¿estará el juez mexicano calificado para esta tarea?⁵⁸⁸

México debe comenzar una reforma legal global sobre su legislación, tanto a nivel civil y penal como en la Ley General de Salud y sus respectivos Reglamentos, ya que al existir una laguna tan grande en la legislación, el país corre el riesgo de convertirse en un paraíso de evasión de responsabilidad genética⁵⁸⁹, bajo la premisa de que “todo aquello que no está prohibido está permitido”, sobre todo en estos temas donde se pone en peligro el derecho a la vida y la dignidad, que son la piedra angular de los demás derechos fundamentales del ser humano por nacer. Lo que es un hecho innegable es que mientras el mundo exista, el hombre evolucionará y con él todo lo que le rodea, y por ende el derecho debe evolucionar y adaptarse a la realidad tan cambiante, sino se corre el riesgo de depender de un sistema legal obsoleto, incapaz de proporcionar soluciones para problemas actuales, si bien los principios generales de derecho que han venido rigiendo el sistema legal a través del tiempo seguirán teniendo valor, pero no por eso se debe dejar de incorporar nuevos principios *ad hoc* para los problemas de hoy en día, el derecho debe ser dinámico y evolutivo, y en materia de la experimentación sobre el ser humano lo cierto es que México requiere de posturas y legislaciones claras, no puede seguir estancado en el pasado.

Resulta urgente la adopción de una postura propia sobre la investigación y usos clínicos con células troncales embrionarias. Conviene llevar a cabo un estudio complementario al presente, que evalúe la conveniencia, sino es que la necesidad innegable, de introducir reformas a la Ley General de Salud de México, proceso en el cual se hace indispensable la consulta permanente a la comunidad científica. Ello se hace cada vez más importante ya que los gobiernos y las leyes en varios países autorizan ya la investigación en células troncales embrionarias. Teniendo esto en cuenta, a finales de 2004 el diputado

⁵⁸⁸ BRENA Sesma, Ingrid. “*Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México*”. Op. Cit. p. 314.

⁵⁸⁹ DOBERNIG Gago, Mariana. “*El Status Jurídico del Preembrión en la Reproducción Asistida*”. Op.Cit. p. 265.

del PRD Rafael García Tinajero Pérez turnó a la Comisión de Salud la propuesta que adiciona una fracción al artículo 3º y el título decimocuarto bis “Sobre reproducción asistida”, a la Ley General de Salud. Con esta propuesta se introduce el término de embrión preimplantario y remienda evitar la producción excesiva de preembriones supernumerarios, pero permite la investigación con ellos, además propone la creación de un banco de embriones⁵⁹⁰. Dicha propuesta nunca culminó en una reforma de la Ley, pues hasta la fecha, la Ley General de Salud no comprende ni el término de preembrión ni embrión preimplantario, además no trata el tema de los preembriones supernumerarios ni su uso en las investigaciones.

Habría que incorporar a la vigente Ley General de Salud y a su Reglamento algunos puntos fundamentales como: a) respecto a las técnicas de producción asistida, en todas sus facetas deben establecerse lineamientos precisos sobre el manejo de células madre embriones, estableciendo los derechos de propiedad de los sujetos involucrados, b) debe regularse la crioconservación, así como el tiempo de crioconservación de los preembriones, c) se debe aclarar el destino de los preembriones en caso de no ser utilizados para ser implantados, y d) deben establecerse lineamientos para la investigación y experimentación con las células madre embrionarias que se extraen de los preembriones supernumerarios.

El impacto que suponen las nuevas tecnologías tiene que reflejarse forzosamente en la legislación de un país. Lamentablemente en la labor legislativa de México existe la tendencia a resolver los problemas que generan los avances científicos y los nuevos descubrimientos en materia de biomedicina y genética con leyes tradicionales a fin de resolver nuevas controversias, además de que se trata de ordenamientos jurídicos que muchas veces no se encuentran en armonía con las necesidades actuales de la sociedad, y es que a veces se olvida que la evolución y la adaptación del derecho resultan requisitos *sine qua non* si se quiere evitar que el derecho se vuelva obsoleto y

⁵⁹⁰ BRENA Sesma, Ingrid. “Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México”. Op. Cit. p. 326.

en vez de resolver problemas los genere. Actualmente se tiene una legislación que data de muchos años - La Constitución de 1917, el Código Civil de 1928, la Ley General de Salud de 1984-, que sin lugar a duda respondían a las necesidades concretas del tiempo histórico en el que se generaron, pero no al actual. No se puede seguir resolviendo cuestiones jurídicas novedosas, sólo con adiciones o reformas puntuales a una ley que se tiene que reestructurar por completo⁵⁹¹. Es verdad que a la par de dichas adiciones y reformas a las legislaciones se está generando una nueva mentalidad encaminada a la aplicación de principios jurídicos para resolver casos concretos relacionados con la bioética, pero esto también resulta insuficiente. Una que merece la pena considerar sería que México se adhiera a la normativa internacional, particularmente a la que se está desarrollando en Europa. De esta forma se aprovecharían los avances doctrinales y legislativos que ya se registran en otros Estados⁵⁹².

6. El Preembrión ante las diversas legislaciones

A través del estudio y del método comparatista, ejercicio que se ha venido haciendo a lo largo de este capítulo, se ha pretendido analizar los diversos ordenamientos nacionales, así como a las instituciones particulares que corresponden a ordenamientos estatales⁵⁹³. En otras palabras, consiste en comparar normas e instituciones de diversos ordenamientos de diferentes Estados para constatar sus semejanzas y sus diferencias, además permite constatar la evolución de dichos ordenamientos en cada país⁵⁹⁴. Lo anterior

⁵⁹¹ PUENTE de la Mora, Ximena. Op. Cit. p. 241.

⁵⁹² VALADÉS, Diego. Op. Cit. p.p. 403-404.

⁵⁹³ BISCARETTI di Ruffia, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1986, 9. 82. En SERNA de la Garza, José María. “*Globalización y Derecho Constitucional Comparado*”. Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación, Porrúa, México, 2010, p. 71.

⁵⁹⁴ SERNA de la Garza, José María. “*Globalización y Derecho Constitucional Comparado*”. Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación, Porrúa, México, 2010, p. 91.

resulta de gran ayuda a la hora de intentar comprender los ordenamientos nacionales de cada país, y a la vez enriquece el debate jurídico-político y ayudará a la hora de resolver problemas, pues se ha estudiado las distintas soluciones que ofrecen cada ordenamiento para un mismo problema, que en este caso es el status del preembrión.

Ciertamente, el derecho comparado ha dejado de ser un ejercicio académico y claramente tiene repercusiones en el plano práctico también, es por lo mismo que se han analizado jurisprudencia y diversas legislaciones de los distintos países, todo con la finalidad de evidenciar que, a pesar de las diferencias que guardan dichos ordenamientos, todos se enfrentan al mismo problema al cual deben de dar respuesta, el determinar el status del preembrión. Lo interesante es ver como cada uno de estos países ha tomado una postura diferente, pero esta equiparación de ordenamientos no sólo aporta perspectiva sino que enriquece el debate y permite aprender de los errores ajenos a la vez que anima a implementar los aciertos.

Hasta el día de hoy resulta notorio que no puede resolverse la discrepancia entre legislaciones mediante una acción legislativa que afecte a todos los países, aunque los intentos no han faltado, sobre todo dentro de la Unión Europea. Incluso al margen de predomios políticos en el legislador puntual, lo cierto es que hay diversas tradiciones enfrentadas, notablemente la tradición alemana (de postguerra evidentemente) con su especial mención a la dignidad y la británica que tras el informe Warnock creó el concepto jurídico-técnico de preembrión⁵⁹⁵.

Cabe resaltar algunos puntos clave que resultan relevantes a la hora de estudiar este tema y que en mayor o menor medida se han debatido en los países que buscan regular el status del preembrión humano y que se han venido tratando a lo largo del presente capítulo:

⁵⁹⁵ SERRANO Ruiz-Calderón, José Miguel. “*Dignidad versus patentabilidad (Comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asunto Brüstle/Greenpeace)*”. Diario la Ley, No. 7766, 2011, p. 1.

- **Creación de Preembriones.** Básicamente todas las legislaciones contemplan la posibilidad de crear preembriones a través de las técnicas de fertilización *in vitro*, con la finalidad de tratar la infertilidad, es decir, con fines de reproducción. Este punto no genera mayor debate, pues se entiende que es un derecho fundamental el reproducirse y además el acceso a la salud, y a través de estas técnicas se trata el problema de la infertilidad. En este punto, un tema controvertido sería la creación de preembriones con el fin único de destinarlos a la investigación, práctica que es legal en ciertos países pero que la mayoría rechaza vehementemente.
- **Destino de los preembriones supernumerarios.** Hoy en día, no parece existir mayor debate acerca de crioconservar los preembriones supernumerarios, generalmente con el fin de ser implantados más adelante. El debate surge cuando se propone la alternativa de destinar los preembriones supernumerarios, que no serán implantados, a la investigación científica; pero parece que en la actualidad cada vez hay mayor aceptación ante esta alternativa, la única limitación sería suele ser la prohibición de alterar el genoma humano⁵⁹⁶.
- **Obtención de Células Madre Embrionarias.** De cara a las graves consideraciones que giran en torno al uso de preembriones humanos para la investigación, los países con interés y capacidad de desarrollar este tipo de estudios han adoptado diversas posturas, reflejada en una legislación en fase “embrionaria” y continuas discusiones. Un elemento clave es la investigación con células madre embrionarias, pues suele encarnar el principal objetivo de destinar los preembriones a la investigación, pues permite entender mejor el proceso de desarrollo del producto de la concepción, y al extraer de ellos células madre

⁵⁹⁶ Hoy en día la manipulación de la línea germinal está prohibida en un gran número de países, y son varios los acuerdos internacionales y las legislaciones nacionales las que impiden estas prácticas. Pero en enero de 2014 científicos de la Universidad de Nanjing, en China, dieron a conocer el nacimiento de primates genéticamente modificados en la etapa de embrión. Un año después se creía que habían implementado dicha técnica en con humanos. Un grupo de expertos, a través de la revista *Science*, recomendó que se tomaran medidas para evitar cualquier intento de modificación de la línea germinal. El autor del experimento, Junjiu Huang, argumentó que ninguno de los embriones usados para dicho experimento podría dar origen a una persona pues contaban con un juego extra de cromosomas. En la Revista Muy Interesante, no. 410, julio 2015, p.p 76-77.

embrionarias se pueden tener un sinnúmero de usos, como sería la terapia génica. Lo cierto es que en mayor o menor medida se suele autorizar la investigación con células madre embrionarias provenientes de preembriones. Cada país establece una serie de restricciones legales o económicas, pero aun así, atendiendo una serie de requisitos, dicha investigación se considera permitida e incluso se fomenta, siempre con la finalidad de desarrollar métodos de diagnóstico y terapéuticos tendientes a mejorar la salud del ser humano. Se entiende que la obtención de estas células necesariamente trae aparejada la destrucción del preembrión, sin embargo, en ninguna de las legislaciones comparadas se considera que matar a un preembrión sea equiparable a homicidio, y por ende, merecedor de una condena de esta gravedad, de hecho las penas contempladas, en los códigos penales o en las legislaciones de la materia, son muy bajas en comparación a las penas contempladas para los casos de homicidio e incluso a los de aborto. Es por esto que el uso de preembriones para extraer de ellos células madre embrionarias y destinarlas a la investigación no parece descabellado, pues tiene como finalidad no sólo aportar conocimientos sino salvar enfermos⁵⁹⁷. Es aquí donde se dan los debates más acalorados, pero a la luz de las legislaciones analizadas se puede concluir que el preembrión no es considerado persona y aunque bien es cierto que por lo general goza de cierto grado de protección, en base a las necesidades de la sociedad, la investigación con células madre embrionarias se antepone a dicha protección. Así, mientras que en Noruega, Irlanda, Austria, Polonia, Alemania y Brasil el uso de embriones humanos para investigación biomédica está prohibido, en España, Japón, Canadá, Italia, Finlandia, Suecia, Israel, Singapur, Australia, Suiza y Francia está permitido, y en Inglaterra y China la autorización se extiende a la creación de embriones humanos específicamente para investigación científica y terapéutica⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ DOBERING Gago, Mariana. “*La investigación con células embrionarias totipotenciales*”. Op. Cit. p. 259.

⁵⁹⁸ PÉREZ Tamayo, Ruy. “*Los problemas éticos de la conservación de los embriones humanos*”. Op. Cit. p. 51.

- **Clonación Terapéutica.** Este tema sigue siendo muy controvertido, más aun que la investigación con preembriones, a pesar que esta técnica supera algunas de las objeciones que plantea la clonación reproductiva, aun así las legislaciones naciones se encuentran divididas al respecto. Algunas legislaciones consideran esta práctica ilegal pues genéricamente prohíbe la clonación, sin hacer distinción entre la reproductiva y la terapéutica. Otras normativas la permiten puesto que consideran que la utilización terapéutica de la clonación puede aportar nuevas posibilidades en el tratamiento y curación de diversas enfermedades, así como en los trasplantes de órganos; y muchos son aún los países que no cuentan con legislación en la materia. Lo cierto es que la clonación terapéutica ya es una realidad oficial en países como China, Singapur, Australia e Inglaterra, y en muchos otros países, incluyendo a los Estados Unidos.

Definitivamente existe una tendencia a crear un marco legislativo en cada país, que enuncia los valores a promover en materia de protección del preembrión humano en el marco de las nuevas tecnologías de reproducción y a definir las prohibiciones y las sanciones en cuanto a su uso en la investigación. No obstante, a lo largo del análisis se evidencia que las legislaciones en el tema analizado se encuentran parcialmente sin desarrollar, lo que incrementa los innumerables problemas de índole ética que existe en el tema de la experimentación sobre preembriones⁵⁹⁹ y que se ha puesto en evidencia a lo largo de este capítulo.

Al momento de legislar, los diversos sistemas legislativos han tenido presente que la función del orden normativo no es precisamente la de restringir el quehacer científico sino salvaguardar los valores reconocidos y legitimados por cada sociedad, así como marcar límites que contengan a los posibles

⁵⁹⁹ VIDAL Casero, María del. Carmen. Op. Cit. 14.

excesos en los procedimientos y aplicaciones en que se pudiera incurrir dentro de un marco no sólo de respeto sino de apoyo a la libertad de investigación⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ BRENA Sesma, Ingrid. “*Hacia una regulación jurídica en México sobre la investigación con células troncales*”. Op. Cit. p. 194.

CAPÍTULO V

EL PREEMBRIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CAPÍTULO V

EL PREEMBRIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

España es uno de los países más destacados en el campo del derecho biomédico a nivel mundial. A lo largo del tiempo ha venido adoptando una postura que la sitúa en un punto equidistante entre la Alemania conservadora y el Reino Unido liberal. Desde la ley 30/1979 de trasplantes de órganos hasta la vigente ley 14/2007 de investigación biomédica, España ha sido con mayor o menor acierto, pionera en regular los nuevos campos que abría la biomedicina. De igual manera es destacable su papel en los foros internacionales sobre bioética y derechos humanos⁶⁰¹.

1. Contexto histórico y político

En España, el primer Banco de semen data de 1978 y en 1984 tuvo lugar el primer nacimiento a través de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo no es sino diez años después de la creación del primer Banco de semen y cuatro años después del primer nacimiento que se crea la legislación necesaria para regular las técnicas de reproducción asistida, denotando un evidente rezago jurídico en la materia.

En abril de 1986 el Congreso de los Diputados aprobó el Informe de la Comisión Especial de Estudio de Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, conocido también como el Informe Palacios, en el cual emitía

⁶⁰¹ BELLVER Capella, Vicente. Op.Cit. p. 412.

una serie de recomendaciones con el objetivo de posteriormente ser incluidas en la legislación que se fuera a desarrollar en la materia. Todo esto se traduce en una nueva forma de producción legislativa, tanto por el hecho de la creación de una comisión especial del Congreso con representación de los diferentes grupos parlamentarios, como por el hecho de incluir a expertos en la materia que fuesen ajenos al Congreso⁶⁰².

En 1988 España, en un intento de ponerse a la par que otros países a su alrededor, se termina consolidando como uno de los primeros países del mundo en disponer de una normativa omnicomprendensiva en relación a la reproducción asistida ya que algunos países sólo contaban con algunas disposiciones penales, civiles o administrativas dispersas. De hecho, no fue sino hasta 1990 cuando el Reino Unido contó con una legislación análoga a la española⁶⁰³, a pesar de que desde 1984 contaba ya con el estudio y el reporte emitido por la Comisión Warnock.

2. Constitución, Tribunal Constitucional y el preembrión

Se está frente a una de esas materias que evidencian lo difícil que resulta gobernar para todos debido a las diferentes posturas ideológicas, religiosas y morales. Por lo que resulta fundamental que las afirmaciones jurídicas tengan un firme fundamento científico. Además de que es un terreno en el que el uso del lenguaje sirve como un instrumento valiosísimo de acción. Como consecuencia, y como se ha venido exponiendo en capítulos anteriores, hay quienes consideran que el término preembrión es más ideológico y utilitarista que científico. Dicho término ha servido para indicar que, en los catorce días siguientes a la fecundación, a esa nueva realidad se le puede quizás llegar a

⁶⁰² LEMA Añón, Carlos. “Una década de legislación sobre reproducción asistida y utilización de embriones. Observaciones sobre su aplicación, constitucionalidad y perspectivas de futuro”. Jueces para la democracia, No. 37, 2000, p. 70.

⁶⁰³ Ibidem.

negar su condición de ser humano dentro de ese primer estadio de su proceso vital, por lo que será susceptible de ser utilizado como material de experimentación, hecho que sucede en España y que el Tribunal Constitucional considera que no contraviene a la Constitución⁶⁰⁴.

Como sucede en todos los sistemas constitucionales, la solución no estará probablemente explicitada en la Norma Fundamental, sino que deberá extraerse de los principios constitucionales por vía interpretativa de parte de los sujetos legitimados para hacerlo, en este caso será el Tribunal Constitucional. Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha tenido que enfrentarse a estas cuestiones en al menos tres ocasiones. A raíz de las leyes 53/1985, 35/1988 y 42/1988 se interpusieron, en su momento, recursos de inconstitucionalidad que supusieron eventualmente ligeras modificaciones en su contenido. En el caso de los últimos dos recursos, ambos fueron interpuestos por un conjunto de diputados del grupo Popular del Congreso, ambos recursos se dirigían contra la totalidad de las leyes y subsidiariamente contra algunos de sus artículos. A raíz de estos tres recursos el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el proyecto de ley que despenalizaba determinados supuestos de aborto, (STC 53/1985, de 11 de abril), contra la Ley 42/1988 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos (STC 212/1996, de 19 de diciembre) y contra la Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida (STC 116/1999, de 17 de junio).

Conviene tener en cuenta que la doctrina emitida por el Tribunal Constitucional español es anterior a la entrada en vigor del Convenio de Oviedo, anterior a las últimas tendencias del Derecho Comparado y a la evolución doctrinal favorable a la protección del ser humano no nacido, incluso a la protección del preembrión, corriente humanista que empieza a tomar fuerza a partir del 2000. A pesar de esto, hay quienes consideran que el ordenamiento jurídico español se ha desviado de la tendencia que busca

⁶⁰⁴ REQUERO, José Luis. Op. Cit. p. 214.

proteger la vida del ser humano desde el momento de la concepción y en cada uno de sus etapas de desarrollo⁶⁰⁵, y ha apostado más bien por el desarrollo de la investigación. Dicho sea de paso que en ningún país analizado se encontrará una protección absoluta del preembrión.

2.1 STC 53/1985 Recurso previo de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados contra el proyecto de Ley que despenaliza el aborto en ciertos supuestos

La primera es la STC 53/1985, dictada a propósito de la introducción en el Código Penal de 1973 del artículo 417 bis. Esta Sentencia resulta trascendental, esto se debe a que es el primer gran pronunciamiento sobre el derecho a la vida en relación al momento inicial de su protección, por establecer una interpretación ponderativa de derechos y no absoluta, elemento esencial de la sentencia que sí es loable y fundamental para los posteriores pronunciamientos del Tribunal⁶⁰⁶. Además, introduce un cambio notable, la vida humana era un proceso continuo que comenzaba con la gestación, de ahí la obligación del Estado de protegerla como bien jurídico.

De entrada, la sentencia estipula que *“la vida es un concepto indeterminado. Desde el punto de vista de la cuestión planteada se precisa: a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana...”*. En base a esto establece dos cuestiones importantes: a) no corresponde a los *nascituri* la titularidad del derecho a la vida, es decir, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los “por nacer”, y b) a pesar de eso no dejan de ser bienes protegidos constitucionalmente, no obstante no dejan de ser bienes. Lo cierto

⁶⁰⁵ REDONDO Hermida, Álvaro. “Breves Anotaciones sobre la Protección del Embrión en el Ordenamiento Jurídico Español”. Cuadernos de Bioética, Vol. 20, No. 69, 2009, p.p. 207 – 208.

⁶⁰⁶ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p. 186.

es que dicha sentencia se centra en el *nascituri*, que ya se encuentran implantados y en desarrollo, por lo que se trata de una interrupción del embarazo, un aborto, por lo que han superado la fase de embrión y preembrión. De lo que se concluye que los fetos implantados, lo *nascituri*, son un bien jurídicamente protegido, pero no tienen derechos fundamentales. Los embriones, y por ende los preembriones, son otra cosa, serían también un bien jurídico pero con un grado de protección aún menor que el feto.

Por lo que la protección se traduce en dos obligaciones para el Estado: por un lado, *“la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación”* y, por el otro, *“la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”, que “incluya también como última garantía, las normas penales”*, lo cual no significa que la protección sea absoluta⁶⁰⁷. Esto tiene su lógica, de acuerdo al Tribunal Constitucional, puesto que si la vida del *“nasciturus”* se protegiera incondicionalmente, o de forma absoluta, se le otorgaría mayor grado de protección a la vida del no nacido que a la vida del nacido.

Ahora bien, señala la misma sentencia, que la tradición legislativa española, con la única excepción de la Ley Catalana de Aborto en la Segunda República, ha estimado que todos tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. De la discusión parlamentaria se deduce claramente lo siguiente: «personas» por el de «todos» era evitar la interpretación de que, con el primero, se pudiera considerar por el legislador que sólo son personas quienes reúnan los requisitos del art. 30 del Código Civil⁶⁰⁸ y, en consecuencia, entender que los no nacidos no son personas. Que el objetivo específico que proponía la enmienda solicitando la introducción del término «todos» era que con él se entendieran incluidos los no nacidos.

⁶⁰⁷ STC 53/1985, Fundamento Jurídico séptimo .

⁶⁰⁸ *La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*

Pero en realidad esto sólo se traduce en que hay un deber de respeto para con el preembrión, que no se corresponde con ningún derecho correlativo, pues desde el punto de vista jurídico, no hay un titular de derechos, no hay una persona en sentido legal de la palabra. El preembrión sería portador de vida humana y ésta es objeto de una protección jurídica sin ser sujeto de derechos ni titular de derechos fundamentales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara que el Proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución. Este falla con el fin de que tal desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones absolutamente necesarias; puesto que, como se mencionó, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para la eficacia de dicho sistema. Además, no hay que olvidar que junto al valor de la vida humana y, sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, la Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, aunque la sentencia sólo considere que el artículo 15 constitucional es el que se viola con el precepto penal.

Esta sentencia además guarda especial relevancia puesto que el Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia en sus Sentencias 212/1996 y 116/1999, siguiendo los criterios interpretativos de esta sentencia, la STC 53/1988. Esta Jurisprudencia viene a desarrollar los efectos que se derivan de excluir de la titularidad del derecho fundamental a la vida al *nasciturus*. El elemento esencial interpretativo, por tanto, se encuentra en la presente sentencia, es decir, el “todos” del art. 15 se refiere a todos los nacidos⁶⁰⁹. La

⁶⁰⁹ Los recurrentes argüían que “El art. 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a la vida». La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados...basta con precisar: a) Que la vida humana es un devenir,

catalogación de bien jurídico protegido determina unas obligaciones de abstención y acción para el Estado respecto al *nasciturus* pero, estas obligaciones, son distintas respecto a los efectos de la aplicación del derecho fundamental a la vida. Por otra parte, la protección del *nasciturus* es distinta a la del preembión, estableciéndose como parámetro diferenciador la viabilidad y, como elemento determinante de la misma, la gestación materna⁶¹⁰.

2.2STC 212/1996, Recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos

El fallo de la Sentencia 212/1996 estima parcialmente el recurso, de hecho los incisos de la ley que se terminan anulando, por ser considerados inconstitucionales, eran mínimos y no alteran en realidad el sentido o el espíritu de la ley; a pesar de contar con un voto particular que aceptaba en gran parte las alegaciones de los recurrentes. El recurso alegaba tanto la inconstitucional formal como la material de la ley. Por lo que respecta a la inconstitucionalidad material, la principal razón del recurso es que la ley habría quebrado la protección constitucionalmente exigible de la vida humana. Esto debido a que se consideraba que la Ley no definía de forma clara qué se debería entender por embrión y feto, además de que no respetaba el contenido esencial del artículo 15 constitucional al permitir actuaciones sobre fetos y embriones vivos y con fines no terapéuticos, lo cual traería aparejada su muerte, “...no respetando, por lo tanto, el tratamiento jurídico a que constitucionalmente es acreedora la vida humana”. El tribunal recurre a la STC 53/1988 para determinar si dicho artículo constitucional había sido vulnerado, concretamente en el FJ número 7 que afirma “...los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le

un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital...”

⁶¹⁰ GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p. 193.

corresponda también la titularidad del derecho a la vida". En base a esto, la Sentencia 212/1996 sigue la misma línea argumentativa y rechaza la objeción general a la Ley 42/1988 por vulnerar el contenido esencial del artículo 15 constitucional, el Tribunal Constitucional considera que en el caso de la vida del *nasciturus* no se está frente al derecho fundamental de la vida sino más bien ante un bien jurídico que debe ser constitucionalmente protegido y que forma parte del contenido normativo de dicho artículo 15 pero no de su contenido esencial. Por otro lado, el recurso también alegaba la inconstitucional formal, al considerar vulnerada la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 86.1 de la Constitución, que regula las materias relacionadas con la vida humana mediante ley ordinaria. La Sentencia argumenta que la exigencia de la utilización del procedimiento de ley orgánica, por cuanto exige para su aprobación una mayoría cualificada, ha de entenderse de forma restrictiva y en términos de excepción a la regla⁶¹¹. Pero para efectos del presente trabajo se analizará la supuesta inconstitucionalidad material.

En primer lugar, la Ley 42/1988 parte de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de "*nascituri*" toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión "no viables", que nunca van a "nacer" en el sentido de llevar una propia "vida independiente de la madre". Sin embargo la misma sentencia sostiene que el *nasciturus* es "*un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del artículo 15 CE*". Para el Tribunal Constitucional, el embrión no es sujeto de derecho, aunque existe el deber de proteger su vida, circunstancia en virtud de la cual pasa a ser "objeto de ese derecho".

La jurisprudencia reconoce el derecho a cierta protección jurídica, "*en el caso de la vida del nasciturus, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 C.E*". En este punto el Tribunal Constitucional señala que "*ciertamente, los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos,*

⁶¹¹ LEMA Añón, Carlos. Op. Cit.p.p. 73-74.

sino que...pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea... en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”

El presupuesto fundamental, que si bien es implícito pero no por eso menos constante, para determinar si existe o no protección sería la viabilidad o inviabilidad. El diccionario define el término “viable” como aquel adjetivo que denota la capacidad de vivir. Queda claro cómo la protección cubriría a aquellos preembriones que tengan la condición de viables. La definición de preembrión no viable se encuentra en el Tribunal Constitucional, “no viable”⁶¹² hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del art. 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un “bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional, art. 15 C.E., fundamento constitucional”⁶¹³.

⁶¹² Al respecto, en su voto particular, José Gabaldón señala que embrión no viable no equivale a embrión muerto, esto es, “los embriones y fetos no viables tienen vida, incluso aunque no tengan esperanza razonable de seguir viviendo”. En su opinión, la aceptación de esta perspectiva requeriría, aparentemente, que la protección constitucional de la vida también alcanzase a estos embriones. Además, añade que “...la vida humana, desde su comienzo embriológico, es una realidad de hecho demostrable y demostrada y, en cuanto real, constituirá el soporte donde se inserte la personalidad jurídica y todos los derechos subjetivos”. lejos de distinguir nítidamente la situación en que los fetos o embriones están vivos de aquella otra en que ya no lo están, introduce un término equívoco e indeterminado, cual es el de la viabilidad o inviabilidad, cuya aplicación necesariamente va a diferenciar los embriones o fetos vivos de aquellos que, mediante una ulterior interpretación normativa o bien mediante una apreciación clínica o científica, se consideren no viables con la consecuencia de que éstos, pese a estar vivos, ya no estarán protegidos y tendrán la misma consideración de objeto aplicable a cualesquiera tejidos de un ser humano después de muerto

⁶¹³ STC 212/1996, fundamento jurídico 5. En RUBIO Núñez, Rafael. “El estatuto jurídico de la vida por nacer”. Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia, 2011, p. 164.

2.3STC 116/1999, de 17 de junio Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 63 diputados, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida

Ahora bien, la Sentencia 116/1999 fue promovida por 63 Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso, y recae sobre el recurso de inconstitucionalidad que pesaba sobre la Ley 35/1989. Esta sentencia rechaza la impugnación global de la ley y sólo admite de forma parcial una de las alegaciones que fueron planteadas; y reitera en buena medida los argumentos sentados en la Sentencia 212/1996. Básicamente sigue la misma línea que la Sentencia 212/1996 en las dos cuestiones centrales desde los puntos de vista formal y material: desde el punto de vista formal, al rechazar la necesidad de que la ley tuviese que haber sido tramitada como ley orgánica, y en lo que se refiere al punto de vista material, al tratar la protección del embrión humano⁶¹⁴. De las tres sentencias, es la única que usa el término de “preembrión”⁶¹⁵, a los que el Abogado del Estado los considera “...*células germinales anteriores al inicio del proceso gestativo*”.

Lo cierto es que los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno, aun así los preembriones obtenidos por fecundación *in vitro* sólo “...*pueden ser utilizados con fines científicos de experimentación si no son viables y siempre que, con base en los oportunos protocolos experimentales, se acredite que el modelo animal no es apto para alcanzar el fin perseguido, y así lo autorice la competente autoridad administrativa o, por delegación, la Comisión Nacional*

⁶¹⁴ LEMA Añón, Carlos. Op. Cit. p. 74.

⁶¹⁵ Un punto que resaltan los recurrentes es que la Ley 35/1988 vulnera el contenido esencial del derecho a la vida contenido en el art. 15 C.E., puesto que parte de una indebida distinción entre preembriones y embriones propiamente dichos que conlleva un distinto status jurídico constitucional de un “*sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma*”. Lo anterior sólo se hace más grave si se considera que No siendo los preembriones no viables susceptibles de ser considerados, siquiera, *nascituri* pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana.

multidisciplinar”⁶¹⁶. En base a esto, la sentencia sostiene que las intervenciones sobre los preembriones reguladas por la Ley, ya sean para investigación o para experimentación, no pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana ya que sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables.

En cuanto a la dignidad y la crioconservación, la Sentencia sostiene en su FJ 11, que de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida, lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias⁶¹⁷.

2.4 El status constitucional del preembrión en España

De la lectura y análisis de las tres sentencias constitucionales, en relación con los artículos 10.1 y 15 C.E., se desprenden una serie de conclusiones en cuanto al status constitucional que guarda el preembrión en España, de acuerdo al Tribunal Constitucional, mismas que se irán desarrollando a continuación.

⁶¹⁶ Al respecto, los recurrentes arguyen que al omitir una regulación positiva del estatuto del embrión, y subordinar la vida y el desarrollo del fruto de la concepción a lo decidido por médicos u órganos administrativos, la Ley le estaría negando la protección constitucionalmente obligada durante toda la gestación.

⁶¹⁷ En su voto particular, el Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera concluye diciendo que “...no es fácil trazar la frontera entre los derechos que afectan directa y esencialmente a la dignidad de la persona, de un lado, y los restantes derechos, de otro lado. Pero en el mundo jurídico siempre nos movemos con esas dificultades de los encuadramientos y las precisiones...”

En primer lugar, el término “todos”, comprendido en el artículo 15 CE., en realidad sólo hace referencia a “todas las personas” y no a “todos los seres humanos” y, por ende, sólo los nacidos son titulares del derecho fundamental de la vida. A pesar de esto, no cabe duda de que la vida humana es objeto de protección constitucional, y esta protección incluye, en cierto grado, la vida del *nasciturus*. Esto quiere decir que, el *nasciturus* no es persona, y por tanto no es titular de ningún derecho fundamental, pero su vida es considerada un valor objeto de protección constitucional.

Así, la protección constitucional de la vida del *nasciturus* implica dos obligaciones para el Estado: una negativa, que consiste en abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; y una positiva, mediante la que establece un sistema legal que establezca una protección efectiva de la misma.

Por otro lado, se reconoce que la vida humana constitucionalmente protegida comienza con la gestación. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional no responde de manera expresa a la cuestión de cuándo comienza la gestación, pero se deduce de su jurisprudencia que al preembrión no implantado también le alcanza, en general, la protección constitucional de la vida⁶¹⁸. Además, al mismo preembrión le afecta la protección constitucional de la dignidad humana, que tiene incidencia incluso sobre los preembriones no viables. Sin embargo, la protección constitucional de la vida humana no alcanza a los preembriones considerados como “no viables” dado que éstos no son *nascituri*, de acuerdo a la jurisprudencia.

De la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Constitución Española se deduce que la vida del concebido es un bien jurídico que se debe proteger, dicha obligación recae en primer lugar en el Estado; pero ésta protección, como lo ha manifestado la doctrina, no es absoluta ni con la

⁶¹⁸ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p.p. 72-74.

misma intensidad que la vida de los ya nacidos. Otro punto interesante y que merece la pena resaltar es que al comenzar la vida humana con la gestación a los efectos jurídicos, se entiende que el preembrión producido por técnicas artificiales, no queda amparado en cuanto tal como bien jurídico por el artículo 15 de la CE, al menos hasta que no se implante en una mujer y de comienzo dicha gestación⁶¹⁹. En otras palabras, a los preembriones *in vitro* no se les otorga una protección equiparable a la de los transferidos al útero materno.

Por otro lado, con la normativa vigente se justifica la constitucionalidad de la investigación y experimentación científica que se lleva a cabo en los preembriones viables, que guardan la capacidad de desarrollarse hasta dar lugar a una persona, en el sentido del artículo 10.1 de la CE, pero sobre todo se justifica el uso de preembriones inviables en la investigación. En pocas palabras la inviabilidad trae aparejada el cese de la protección jurídica porque el bien jurídico protegido, la vida, ha dejado de existir. Parece un poco extremo depositar tanto poder en una sola palabra, *viabilidad*, ya que al parecer dicha palabra es la que determina el status del preembrión y por ende su protección jurídica.

De acuerdo a doctrina constitucional española, habría que distinguir entre dos categorías al hablar del preembrión y su protección constitucional. En primer lugar se encuentra el preembrión viable y no viable; el primero goza de dignidad y de cierto grado de derecho a la vida pues aún guarda el potencial para convertirse en un ser humano plenamente desarrollado; sin embargo el segundo sólo le alcanza la dignidad, hasta cierto grado, por ser miembro de la especie humana. La segunda categoría hace referencia a los preembriones implantados y no implantados, los implantados gozan de mayor grado dignidad y de derecho a la vida y dicha protección irá aumentado con su grado de desarrollo; por otro lado, los preembriones no implantados, pueden ser viables o no viables, y será su “viabilidad” quien determine el grado de protección que

⁶¹⁹ BARRAGÁN Sánchez, Rosa de Jesús. “Protección jurídica de la vida prenatal, con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español”, en: <http://www.bioeticaweb.com>

se les otorgará, evidentemente el preembrión no implantado y no viable, aunque goce de cierta dignidad, es el que menor protección tendrá.

Resumiendo, de acuerdo a la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional, el preembrión no es persona pero tampoco se le considera cosa o propiedad, sino que más bien parece que posee un status jurídico propio, autónomo y específico, *sui generis*, cuyos perfiles cada vez parecen estar más delimitados o perfilados. Pero de acuerdo al Tribunal Constitucional, parece lógico que el grado de protección que se le brinda al prembrión siga una simple regla matemática, en otras palabras, la protección es directamente proporcional al grado de desarrollo del fruto de la concepción.

3. Protección del preembrión en la legislación española

El hecho de que el legislador pueda adoptar la solución normativa que considere más idónea es consecuencia de que la Constitución ha diseñado de este modo el ordenamiento y las competencias de los diversos poderes del Estado, pues no hay que olvidar que la legitimidad de la actuación del legislador y la validez de la propia ley se encuentran precisamente en la Norma fundamental⁶²⁰. Es por esto que resulta indispensable el estudio de las leyes que el legislador español ha considerado como la respuesta oportuna para los problemas que planteaban los adelantos científicos.

La legislación española recoge varias leyes con las que se ha ido regulando tanto la reproducción humana asistida como la investigación biomédica con preembriones humanos. Pero para poder determinar la posibilidad de investigar con células madre embrionarias en España es

⁶²⁰ DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 68.

indispensable estudiar y analizar la legislación vigente en la materia de protección del preembrión, así como analizar las legislaciones derogadas que dieron lugar a las vigentes. Este proceso de desarrollo de la legislación se produjo a partir de 1988, cuando se regularon las técnicas de reproducción asistida. Es así como se promulgan dos leyes, la Ley 35/1988 sobre Técnica de Reproducción Asistida, y la Ley 42/1988 de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, y han sido estas dos leyes las primeras en establecer un marco general de protección al preembrión. Por otro lado el continuo debate social y político acerca del grado de protección que dichas leyes otorgaban al preembrión ocasionó que se interpusieran recursos de inconstitucional contra cada una de ellas⁶²¹. Más tarde, surge la Ley 45/2003 que modifica los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988, y que posteriormente es sustituida por la Ley 14/2006 sobre Reproducción Humana Asistida y, por último se promulga, la Ley 14/2007 sobre Investigación Biomédica⁶²².

3.1 Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio. de reforma del artículo 417 bís del Código Penal

Aunque no es el objetivo de la presente investigación ahondar en el tema del aborto pues se entiende que el debate del preembrión surge con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y por ende hace más bien referencia el ente extracorpóreo y no así al embrión implantado en el útero materno. A pesar de esto se analizará someramente dicha legislación con el fin de entender la normativa que dio origen a la sentencia del Tribunal Constitucional que previamente se ha analizado, ya que dicha sentencia aporta puntos importantes a considerar a la hora de entender la postura de España frente al preembrión.

⁶²¹ URRUELA Mora, Asier. Op. Cit. p.p. 164-165.

⁶²² ZURRIARÁN, Roberto G. “*La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007*”. Cuadernos de Bioética, Vol. 20, No. 69, 2009, p. 156.

Esta ley es considerada la primera Ley del aborto, y fue avalada por el PSOE, aunque fue inicialmente aprobada en 1983 tuvo que ser corregida en parte tras la sentencia del TC de 1985, ya que el PP la había recurrido, y entra en vigor en ese mismo año⁶²³. Dicha ley viene a reformar el artículo 417 bis del Código Penal y su intención es despenalizar el aborto exclusivamente en los siguientes casos:

- Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, conocido como aborto terapéutico, y puesto que la ley no establece un periodo de tiempo específico para practicarlo se presume que se puede llevar a cabo en cualquier momento del embarazo.
- Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, y siempre que se lleve a cabo dentro de las primeras doce semanas de gestación y dicho delito haya sido denunciado previamente.
- Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, conocido también como aborto eugenésico, y sólo se puede llevar a cabo dentro de las primeras veintidós semanas de gestación⁶²⁴.

En los últimos dos supuestos se requería un informe médico para realizar el aborto, aun así, el ninguno de los tres casos anteriores resultaba punible el aborto aun cuando el mismo no se llevara a cabo en “*centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos*”⁶²⁵.

Esta ley no fue bien recibida y por lo mismo fue objeto de recurso y de una eventual sentencia por parte del Tribunal Constitucional, como se ha mencionado previamente.

⁶²³ El país. “Ley del aborto: a un paso de la vuelta atrás”.

http://politica.elpais.com/politica/2013/04/20/actualidad/1366473715_951589.html

⁶²⁴ Ley Orgánica 9/1985. de 5 de julio. de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

⁶²⁵ Hoy en día la ley vigente es la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta normativa es mucho más completa, pero lo importante es resaltar que a diferencia de la ley 9/1985 la nueva ley reconoce el derecho de la mujer a abortar dentro de las primeras catorce semanas sin tener que alegar motivo alguno.

3.2 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida

La ley 35/1988 fue considerada al principio muy escrupulosa, sin embargo esta Ley cubrió el vacío existente en el país, por aquel entonces retrasado en normativa relacionada con los avances de la biomedicina y sus tecnologías. La misma Ley reconoce, dentro de su Exposición de Motivos, que el asincronismo constante entre la ciencia y el derecho genera un vacío jurídico respecto a estos problemas, por lo que resulta indispensable la incesante búsqueda de soluciones, pues se corre el riesgo de dejar al individuo y a la sociedad en estado de indefensión. El legislador reconoce también que hasta el momento se había intentado definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en las primeras etapas, pero hasta ese momento se había hecho sin mayor éxito, pues difícilmente se puede delimitar jurídicamente un concepto puramente biológico cuando no se ha logrado delimitar bajo criterios biológicos este concepto.

3.2.1 Trasfondo Político

Concretamente, la Ley 35/1988 se elaboró sobre los trabajos de una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas creada el 29 de mayo de 1985 en el Congreso de los Diputados y constituida por parlamentarios de los distintos grupos políticos, aunque la proposición de ley fue sometida por el grupo socialista. Marcelo Palacios Alonso fue llamado para presidirla y a ella se convocaron 36 expertos de distintas áreas del conocimiento como: obstetricia y ginecología, reproducción, genética, derecho, las ciencias morales, etc.

El 10 de abril de 1986, previo a la disolución de las Cámaras, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, con algunas enmiendas, el Informe de la

Comisión Especial de Estudio (al que se le conoce también como el Informe Palacios). Tras año y medio de trámite parlamentario su tratamiento en Comisión con competencia legislativa plena, su paso por el Senado, y su aprobación definitiva en el Pleno del Congreso de 20 de octubre de 1988, acabaría siendo la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, publicándose en el BOE. nº 282 de 24 de noviembre de 1988⁶²⁶.

Marcelo Palacios acertadamente señala que *“La Ley 35/1988 hace referencia a los estatutos biológico y jurídico del preembrión. Al biológico, en la Exposición de Motivos, definiéndolo embriológicamente; al jurídico, pues en su articulado establece los límites de su protección, manipulación y fines en consonancia con su característica humana, su grado de desarrollo y sus expectativas de vida”*⁶²⁷.

Finalmente, sostiene Marcelo Palacios con respecto a esta Ley: *“...sostengo que la Administración o el legislador no pueden arrogarse el poder de determinar arbitrariamente sobre la bondad (o no) biológica de las características de los organismos y estructuras biológicas (que de actuar así, la sociedad, la Constitución y las leyes seguramente se encargarían de recordárselo y obligarles a rectificar). Muy al contrario, su deber es el de afrontar objetivamente y sin alibíes confortables la problemática sobrevenida, como es el caso de los preembriones”*⁶²⁸.

3.2.2 Análisis Jurídico

En base a esto, habría que empezar el análisis de la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida señalando que regula estrictamente la

⁶²⁶ PALACIOS Alonso, Marcelo. *“Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): De 1988 a 2005”*. En Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina (Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Mantovani), Editorial Dykinson, 2005, p.p. 35-36.

⁶²⁷ Ídem p. 37.

⁶²⁸ Ídem p. 42.

aplicación de estas técnicas (tales como la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos); a su vez esta ley define el status jurídico de los embriones humanos en el estadio de desarrollo en el que se pueden ver afectados por estas prácticas de reproducción, es decir, regula el status jurídico de lo que se viene a denominar “embrión preimplantario” (aunque se infiere que hace referencia al preembrión)⁶²⁹. En el articulado de la Ley 35/1988 no se da una definición de lo que se debe considerar como preembrión desde el punto de vista legal, pero en la Exposición de Motivos se aclaran los términos empleados a lo largo del mismo cuerpo normativo. En la Exposición de Motivos sí que se habla del preembrión y lo considera como la fase de preorganogénesis, es decir: *“grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva”*. Para efectos de la misma normativa por embrión se entenderá a la *“fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más...”*, también se le conoce a esta fase como “embrión posimplantario”. Por último, define feto como: *“la fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados...”*

La Ley 35/1988 de Reproducción Asistida, resulta ser una normativa moderadamente permisiva, en cuanto al preembrión, como ha quedado constatado, la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, sostiene que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Es importante destacar que el artículo 3 prohíbe tajantemente la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación humana, con lo que se presume que se busca evitar la creación de preembriones destinados a la investigación y

⁶²⁹ FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “Génesis y uso del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual”. Op.Cit. p.p. 2 – 27.

experimentación, en términos similares a los del artículo 160.2 del Código Penal. Éste último dispone que “*serán castigados ... quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*”. Lo interesante es que no se contempla castigo alguno para el supuesto más frecuente, es decir, que habiéndose fecundado con fines reproductivos, se destinen posteriormente a la investigación y experimentación.

Otro problema es el que genera el artículo 4º que señala que se transferirán al útero el número de preembriones que se consideren necesarios por los especialistas para asegurar el embarazo. No se establece un número límite de preembriones a fecundar y transferir en cada ciclo de tratamiento, lo deja al libre arbitrio del médico especialista. Es precisamente este artículo el que abre las puertas a que se generen un número significativo de preembriones supernumerarios o sobrantes que traerán aparejados un sinfín de problemas jurídicos y éticos en cuanto a su status y su destino.

La Ley preveía la crioconservación de los preembriones humanos sobrantes de la fecundación *in vitro* en su art. 11, por un máximo de cinco años. Durante ese período podían ser requeridos por las parejas progenitoras o ser donados a otras parejas que los solicitasen, sin especificar, cuál sería el destino de los preembriones crioconservados no transferidos en el plazo mencionado.

Por otro lado, el artículo 15.1 contempla la investigación y/o experimentación con preembriones vivos, pero sólo la permite cuando concurren tres requisitos: el consentimiento escrito de los progenitores, incluidos los donantes; que no se desarrolle más allá de los catorce días desde la fecundación del óvulo; que se realice en centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados. El segundo apartado del mismo artículo establece que sólo se autorizará investigación en preembriones *in vitro* viables si se atiende a dos casos: a) si se trata de una

investigación aplicada de carácter diagnóstico, y con fines terapéuticos⁶³⁰ o preventivos, b) si no se modifica el patrimonio genético no patológico. Con lo que se entiende que se toleran las intervenciones que tiendan a beneficiar médicamente al preembrión. Finalmente, el artículo 15.3, permite la investigación con los preembriones no viables⁶³¹ cuando se demuestre que no es posible realizar aquella en el modelo animal y se haya autorizado el proyecto por las autoridades sanitarias, hay que añadir a estas condiciones una tercera que impone la Ley 42/1988 en su artículo 2.d, que dicha investigación no sea realizada con carácter comercial.

Queda claro que la ley era lo suficientemente previsora para dejar abierta la puerta a este tipo de investigaciones científicas y al mismo tiempo, se constituye como un marco legal suficientemente estricto para establecer los requisitos y las condiciones en que deberían desarrollarse cualquier actuación que conllevara la utilización de células embrionarias y su eventual destrucción⁶³².

En atención al artículo 17 de la Ley 35/1988, se consideraban no viables los preembriones abortados, como queda asentado en las sentencias, ya que se les consideraba muertos o no viables y podían ser utilizados para la investigación. Pero la definición anterior no llega a agotar el concepto de preembrión no viable, ya que si el preembrión abortado es considerado no viable o muerto, entonces todos aquellos no susceptibles de continuar un desarrollo normal se integraban igualmente en la referida categoría. Hay autores que consideran que serían también preembriones no viables los supernumerarios, ya que a pesar de contar con los requisitos biológicos para continuar su desarrollo normal, funcionalmente carecen de viabilidad ya que los

⁶³⁰ El término terapéutico hace referencia al bienestar y desarrollo del propio preembrión, y no de un tercero.

⁶³¹ En este punto la ley es muy clara al señalar que permite la investigación en preembriones no viables, por lo que se debe entender como no viable a la incapacidad del preembrión para desarrollarse hasta llegar al punto de dar lugar a un ser humano, por ende se concluye que no se permite la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación humana, aunque más adelante la misma Ley deja claro este punto.

⁶³² GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. Op. Cit. p. 216.

progenitores han decidido desentenderse de ellos. Pero en realidad la anterior es una interpretación un tanto forzada del concepto estudiado, cuyo único fin que persigue es dotar de razón jurídica a la investigación con preembriones supernumerarios⁶³³. Del análisis de los artículos 15, 16 y 17 se puede concluir que no era realmente necesaria una reforma legislativa de la Ley 35/1988 para permitir la investigación y experimentación con células troncales embrionarias procedentes de preembriones sobrantes.

En términos generales, a primera instancia se podría creer que se está frente a una ley que sigue una línea proteccionista con respecto al preembrión, aunque en realidad parece que más bien deja las puertas abiertas para que se inicie un fuerte debate con respecto al destino a los preembriones supernumerarios que se generan en base a las lagunas legales que genera la misma ley y que deja el camino abierto para proponer la investigación y/o experimentación con estos preembriones. A pesar de todo, hay que tener en mente que la Ley 35/1988 fue la primera ley de reproducción humana asistida de nivel Estatal que hubo en el mundo y se nota que es un producto de “primera generación”⁶³⁴.

Así, la ley española 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, responde de manera directa a una concepción utilitarista o pragmática que ciertamente es difícil tratar de conciliar con “los contenidos constitucionales” que menciona, especialmente con el ya citado artículo 10º de la Constitución. No se debe perder de vista que la Ley 35/1988, se dictó sin la adecuada maduración y reflexión, con toda prisa para tener el “*dudoso honor en ser los primeros en regular, con pretensiones de totalidad, una materia novedosa y desconocida en parte*”⁶³⁵.

Una fuerte crítica que se le plantea a esta Ley es el hecho de que no establece ningún tipo de límite a la fecundación de embriones, es decir, no

⁶³³ URRUELA Mora, Asier. Op. Cit. p.p. 167-168.

⁶³⁴ HERRANZ, Gonzalo. Op.Cit. p. 125.

⁶³⁵ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p. 174.

impone un número determinado y/o límite de óvulos a fecundar en cada ciclo o tratamiento de FIV. Aunado a lo anterior, la misma legislación no ofrecía ninguna opción para los preembriones sobrantes, solo la crioconservación. Por lo que durante los años de vigencia de esta ley se fueron generando preembriones sin control aparente, hasta alcanzar cifras que oscilaban entre los 30.000 y los 200.000⁶³⁶, sin que se pudiera contar con la Ley para que ofreciera alguna solución al problema que generaba la abrumante cantidad de preembriones sobrantes, por lo que se estaba frente a una laguna jurídica de gran envergadura.

3.3 Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos

Poco se analizará la mencionada Ley 42/1988 pues en su marco legal no se contempla al preembrión por considerar que es concepto que ya trata la Ley 35/1988, aun así cabe resaltar algunos puntos cuando menos interesantes. La Exposición de Motivos resalta el hecho de que la manipulación y el tráfico de embriones y fetos⁶³⁷ humanos pone de manifiesto la necesidad de un marco legal que centre los justos términos de las actuaciones biomédicas desde una perspectiva de respeto a la vida, la dignidad y a los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo sin cerrarse a las posibilidades que brinda la ciencia como patrimonio de la humanidad. En la misma Exposición de Motivos aclara que no es el objetivo de esta normativa legislar en materia de donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados in vitro y en desarrollo o embriones preimplnatorios, pues de ellos se encarga la Ley 35/1988⁶³⁸.

⁶³⁶ RUBIO Núñez, Rafael. El estatuto jurídico de la vida por nacer, 2004, p. 35.

⁶³⁷ Para efectos de esta ley, según establece la Exposición de Motivos de la misma, se consideran embriones y fetos *“aquellos desde el momento que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante”*.

⁶³⁸ La Ley 42/1988 en su Disposición Final Primera, vuelve a hacer la misma aclaración y señala: *“La donación y utilización de gametos humanos y de los óvulos fecundados y en desarrollo, in vitro o in vivo, hasta el día catorce que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida...”*

3.3.1 Análisis Jurídico

La ley permite que se donen y utilicen embriones y fetos para la investigación y experimentación, siempre y cuando dichos entes sean previamente calificados clínicamente como “no viables” o muertos, como señala el artículo 2.e. Lo que cabe resaltar de esta legislación es cómo abre las puertas a la investigación a etapas más avanzadas de la gestación humana como es el embrión y el feto, ya no sólo está autorizada la investigación en preembriones por considerados poco menos que personas sino que se extiende a embriones y a fetos expulsados o abortados, y por lo tanto considerados no viables. Más adelante, el artículo 9.2.B.e permite de nuevo la experimentación con embriones y fetos no viables, fuera del útero cuando exista un proyecto de experimentación, con lo que se puede deducir que bajo esas condiciones podía experimentarse con embriones, y fetos, que se considerasen no viables y por lo tanto aún vivos.

Como se ha podido observar, la Ley 42/1988 tiene como ámbito material de aplicación la donación y utilización de embriones o fetos humanos, de sus tejidos y sus órganos. De lo anterior se concluye que al hablar de embriones y fetos hay una exclusión de los preembriones, ya que éstos últimos son objeto de la Ley 35/1988. Esto tiene su lógica, al contrario que el caso de embriones y fetos expulsados o abortados, la posibilidad obtener preembriones sólo es factible en el marco de la práctica de la fecundación *in vitro*. Por otro lado, la ley 35/1988 se ocupa de la donación y utilización de gametos, óvulos fecundados y preembriones, pues en caso de la donación y utilización de órganos procedentes de personas mayores de edad o de personas que han fallecido, la normativa encargada de regular estos supuestos es la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos⁶³⁹.

⁶³⁹ Hoy en día se puede añadir a esta regulación el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

3.4 Ley 45/2003, de 22 de noviembre, que modifica la ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida

La sociedad española tiene presente que la ciencia debe servir al progreso del hombre con respeto a sus derechos fundamentales y, el Estado democrático es el que funge como el garante y vigila que la actividad científica alcance estos fines y no se mueva al servicio de intereses contrarios al propio desarrollo y bienestar del hombre. Teniendo en cuenta todo lo anterior varios esfuerzos se fueron realizando para poder entender mejor el incesante avance de la ciencia y la tecnología y regular sobre la materia de manera más adecuada.

La Exposición de Motivos de la nueva Ley 45/2003 pinta el escenario en el que se elaboraría dicha ley. Se reconoce que el paso del tiempo ha puesto de manifiesto las serias limitaciones de la Ley 35/1988. Indudablemente uno de los problemas más serios sería la acumulación excesiva de preembriones supernumerarios cuyo destino resultaba incierto. No sólo hay que tener en cuenta las limitaciones de la legislación española en materia de FIV hasta el momento, también se fueron dando descubrimientos científicos que despertando el interés por el uso de preembriones supernumerarios con fines de investigación, especialmente los descubrimientos en el ámbito de las células troncales.

3.4.1 Trasfondo político

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁶⁴⁰, en su informe de 2000 acerca de *“La investigación con embriones humanos sobrantes”*,

⁶⁴⁰ Comisión a la que hace referencia el artículo 21 de la Ley 35/1988, al señalar: *“El Gobierno establecerá mediante Real Decreto la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de carácter permanente, dirigida a orientar sobre la utilización de estas técnicas, a colaborar con la Administración en cuanto a la recopilación y actualización de*

propuso una serie de recomendaciones para determinar un posible destino para el gran número de preembriones sobrantes que superasen el plazo máximo de crioconservación que preveía la ley. A su vez, proponía la utilización de aquellos preembriones supernumerarios, que no tuvieran más alternativa que la descongelación y muerte, para la investigación y experimentación. A lo largo de esta propuesta la Comisión aconsejaba que el destino de estos preembriones crioconservados se materializara en una reforma legislativa y no mediante una mera interpretación más flexible de la legislación vigente o del concepto de “preembrión viable”. También se trata de llamar la atención sobre la necesidad de reducir drásticamente el número de preembriones supernumerarios de las técnicas de FIV, a lo que se argumentaba que aunque ciertamente *“desde el punto de vista técnico, la disponibilidad de más preembriones aumenta la posibilidad de procreación, no es menos cierto que el elevado número de preembriones congelados sugiere que frecuentemente no es necesario obtener tantos”*, por lo que no resulta irracional establecer un número limitado de óvulos a fecundar en cada ciclo.

En febrero de 2003 se emitió un informe denominado *“La investigación con Células Troncales”*, labor del Comité Asesor de Ética, dependiente de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, precedida por el catedrático Nombela Cano, e integrada por académicos de diversas disciplinas como Carlos María Romeo Casabona. En dicho informe se hace una importante distinción, teniendo en cuenta el potencial de generación de tipos celulares distintos, diferenciando entre tres tipos de células troncales⁶⁴¹: totipotentes, pluripotentes y multipotentes: a) las células troncales totipotentes se dan sólo en fases muy tempranas del desarrollo embrionario y son capaces de generar cualquier tipo celular. Es más, también son capaces de generar las membranas y tejidos, como la placenta, por lo que serían capaces de originar

conocimientos científicos y técnicos...podrá tener funciones delegadas, a falta de normativa oportuna, para autorizar proyectos científicos, diagnósticos, terapéuticos, de investigación o de experimentación...”.

⁶⁴¹ Las células troncales son aquellas capaces de dividirse generando nuevas células troncales y, además, poder diferenciarse, en el curso de su multiplicación, lo que da lugar a distintos tipos celulares. En el Informe del Comité Asesor de ética en la Investigación Científica y Tecnológica *“La investigación sobre células troncales”*
http://www.cnb.csic.es/~transimp/INFORME_CELULAS_TRONCALES.pdf

un organismo completo. En la especie humana se cree que sólo son totipotentes las células contenidas en un embrión que haya llegado hasta la fase de mórula de dieciséis células; b) las células troncales pluripotentes son capaces de originar cualquier tipo de células del organismo adulto, pero no de generar un organismo completo, se encuentran presentes en el embrión humano de hasta catorce días después de la fertilización; c) células troncales multipotentes, son aquellas capaces de generar algunos tipos celulares, tienen una flexibilidad y plasticidad menor que las dos anteriores y se encuentran en adultos, en tejidos donde se asumía que no había ningún tipo celular autorregenerativo⁶⁴².

Además de aportar dicha distinción de las células troncales, dicho informe analiza, desde un punto de vista multidisciplinar el avance de las distintas líneas de investigación con las células troncales; pero aún más importante, el informe, aborda el destino posible de los preembriones supernumerarios de la FIV y su posible utilización en la investigación y/o experimentación científica. Al mismo tiempo, el Comité adopta una postura contraria con respecto a la expresa creación de preembriones con fines de investigación; mantiene que ante la alternativa de destrucción considera positivo que se permita su utilización en la investigación y/o experimentación y siempre bajo estrictas normas de control. Por último, también recomienda reducir en medida de lo posible el número de preembriones supernumerarios de los ciclos de FIV.

Tomando en cuenta las recomendaciones que emiten tanto la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y el Comité Asesor de Ética, se establece como objetivo principal de la reforma de esta Ley el resolver el grave problema de la acumulación de preembriones supernumerarios, cuyo destino no estaba determinado. También cabe destacar que la reforma se basó en las exigencias derivadas del Convenio de Oviedo.

⁶⁴² Informe del Comité Asesor de ética en la Investigación Científica y Tecnológica “*La investigación sobre células troncales*”
http://www.cnb.csic.es/~transimp/INFORME_CELULAS_TRONCALES.pdf

Es así como quince años después la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, viene a reformar la Ley 35/1988, pues reconoce que, con el paso del tiempo, se ha puesto de manifiesto la existencia de algunas limitaciones y lagunas; uno de los problemas que se propone solucionar es la generación y acumulación del gran número de preembriones supernumerarios congelados. La investigación en preembriones humanos en España en ningún caso podía recurrir, con arreglo a la legislación vigente hasta el año 2003, a los preembriones sobrantes viables, pues sólo estaba permitida la investigación con preembriones no viables.

3.4.2 Análisis Jurídico

Ahora bien, dicha reforma se centra únicamente en la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988, por lo que en realidad la nueva Ley cuenta con un artículo único dividido en dos partes y donde queda asentada la nueva redacción de dichos artículos. En primer lugar, el artículo 4º pasó de constar de apenas un par de renglones para convertirse en un artículo más complejo que tiene como finalidad evitar la generación de preembriones supernumerarios, por lo que se estipula que se fecundará un máximo de tres ovocitos que podrán ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo casos específicos en los que debido a ciertas patologías de los progenitores se podrán fecundar un mayor número de ovocitos⁶⁴³.

El otro artículo que se reforma, el artículo 11, modifica los plazos que se habían marcado para la crioconservación, en primer lugar, del semen, que previamente no podía superar el plazo de cinco años y ahora se autoriza su preservación durante la vida del donante; en segundo lugar, a diferencia de la Ley 35/1988 se autoriza la crioconservación de la de óvulos con fines de

⁶⁴³ Las tipologías fisiopatológicas de estos casos concretos en los que se permitirá fecundar un número mayor de ovocitos serán especificados en un protocolo elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo con el asesoramiento e informe previo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

reproducción asistida, pues con el paso del tiempo y el avance de la técnica y la ciencia queda demostrado que la crioconservación no debería afectar la viabilidad de dichos óvulos, como señalaba la legislación previa. Por último, *“cuando en los casos excepcionales en los que se hayan generado preembriones supernumerarios serán crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer”*, en el caso de que no se le transfieran a la mujer en intentos o tratamientos posteriores estos preembriones serán donados exclusivamente con fines reproductivos. El mismo artículo hace hincapié en la importancia de comprobar que la pareja, o la mujer, antes de iniciar un tratamiento de reproducción asistida, no tenga preembriones crioconservados en algún centro nacional de reproducción asistida.

En la disposición final primera de la Ley 45/2003, que abarca el destino de los preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, se dispone que las parejas progenitoras, o la mujer, determinarán el destino de los preembriones supernumerarios que hayan sido crioconservados antes de la entrada en vigor de la presente ley, pudiendo elegir entre las siguientes opciones: el mantenimiento de la crioconservación hasta que sean transferidos, la donación (sin ánimo de lucro), con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten, o el consentimiento para que las estructuras biológicas⁶⁴⁴ obtenidas en el momento de la descongelación puedan ser destinadas a la investigación y/o experimentación, dentro de los límites previstos en la legislación.

Así, los preembriones crioconservados con anterioridad a, 22 de noviembre de 2003 (día en que entra en vigor la Ley 45/2003), como se lee en la Exposición de Motivos de la misma Ley, son susceptibles a ser destinados a la investigación y esto nada tiene que ver con una interpretación biológica de la viabilidad, más bien, se trata de una decisión meramente política. Por su parte los preembriones crioconservados con posterioridad a la reforma sólo tendrán

⁶⁴⁴ Dichas estructuras biológicas deberán servir para objetivos de investigación de particular importancia, tales como el progreso de la investigación fundamental o la mejora de los conocimientos médicos para la puesta al día de nuevos métodos diagnósticos, preventivos o terapéuticos aplicables al hombre.

dos posibilidades legales: ser transferidos a la mujer en el plazo previsto o donados con fines reproductivos como única alternativa.

Es así como el legislador, en opinión de Zurriarán, viene a dar un paso más en la trayectoria jurídica de desprotección de la vida humana: los preembriones viables no implantados, congelados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley podrían ser utilizados en la investigación científica, como ya se ha mencionado. Por primera vez en España, la ley permite abiertamente la investigación con preembriones congelados viables para la investigación con células troncales embrionarias, hecho que contradecía lo establecido en la ley anterior⁶⁴⁵. La nueva ley se propone solucionar uno de los problemas fundamentales de la legislación anterior, suprime el problema de la creación de preembriones supernumerarios, y efectivamente logra reducir este problema, pero no resuelve del todo la acumulación de los mismos. La reforma de la ley consta básicamente de un solo artículo, a través del cual se reforman los artículos cuarto y once de la Ley 35/1988. Sin embargo no se puede perder de vista que se incurre en ambigüedades y se vuelve a cometer uno de los errores de la ley anterior, se volvió a utilizar el término de preembrión, a la vez que se vuelven a dejar evidentes vacíos legales como el destino de los preembriones producidos⁶⁴⁶.

3.5 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Los grandes avances biotecnológicos de las últimas décadas relativos al potencial que encierran las investigaciones con células madre embrionarias lleva al legislador español a replantear conceptos y como consecuencia a

⁶⁴⁵ ZURRIARÁN, Roberto G. *“La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007”*. Op.Cit. p. 163 – 166.

⁶⁴⁶ RUBIO Núñez, Rafael. *“Investigación con Células Madres: Un Problema Jurídico”*. Revista de Derecho Político, No. 61, 2004, p.p. 243 – 250.

reformular la ley de reproducción asistida dos veces en un breve espacio de tiempo (Ley 45/2003 y Ley 35/1988), planteando en cada una de estas reformas posturas y respuestas distintas ante este nuevo fenómeno. Es así como la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se ha visto reformada en dos ocasiones y las dos reformas ponen en evidencia los distintos enfoques con que la sociedad española aborda la nueva realidad que presentan los avances científicos en esta materia.

Así, tres años después de la Ley 45/2003 entra en vigor la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, quedando derogadas todas las disposiciones normativas anteriores, la Ley 35/1988 y 45/2003, y queda establecido un nuevo marco legal. Esta nueva normativa resulta necesaria puesto que la Ley 45/2003 se limitó a dar parcialmente respuesta a las exigencias que se le plantearon a la hora de su elaboración. La legislación autorizaba la utilización de preembriones crioconservados, con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, para destinarlos a la investigación; esta ley lo que hacía es dispensar un tratamiento más bien distinto a los preembriones crioconservados de acuerdo a la fecha de su generación, los creados antes de noviembre de 2003 podían ser destinados a la investigación, lo cual estaba prohibido para los preembriones creados posteriormente que sólo podían ser utilizados con fines reproductivos⁶⁴⁷, una postura un tanto similar a la adoptado por la administración del Presidente George Bush en su tiempo.

⁶⁴⁷ Al respecto, la Disposición adicional primera, sobre preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada a vigor de la Ley, apunta que *“a partir de la entrada en vigor de esta ley, las parejas o, en su caso, las mujeres que dispongan de preembriones crioconservados en los bancos correspondientes y que hubieran ejercido su derecho a decidir el destino de dichos preembriones mediante la firma del consentimiento informado correspondiente informado e los términos permitidos por la legislación anterior, podrán ampliar o modificar los términos de su opción con cualquiera de las previstas en esta Ley”*.

3.5.1 Trásfondo Político

La ley anterior nace como una iniciativa del Partido Popular de modificar la Ley 35/1988 con la finalidad de dar salida a los miles de embriones congelados que permanecían rodeados de cierto olvido. La razón era que desde que en 1984 España se iniciara la fecundación *in vitro*, se han ido almacenando miles de embriones. Ese gobierno quería enmendar el problema que propició la legislación 35/1988. Sin embargo éste no se resolvió debido a su posterior desarrollo reglamentario (Real Decreto 176/2004 de 30 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa y Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes). Pero la presente ley, aunque introduce elementos innovadores también supone un retroceso en cuanto a la generación de preembriones supernumerarios, y estos cambios en parte responden al cambio de poder, pues ya no está el PP sino el PSOE⁶⁴⁸.

3.5.2 Análisis Jurídico

La ley introduce algunos elementos novedosos, en primer lugar, es la primera legislación en España en referirse de manera directa al diagnóstico genético preimplantario, abriendo *“nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento”*, como explica la Exposición de Motivos. La segunda novedad que aporta dicha ley es la autorización para la creación de los llamados “bebés medicamento”, o lo que sería la selección genética de preembriones con fines terapéuticos, para que en determinados casos y, bajo el debido control y autorización administrativos, dichos preembriones puedan servir de ayuda para salvar la vida de algún

⁶⁴⁸ REQUERO, José Luis. “*Derecho a la vida `preembrionaria`”*. Revista Persona y Derecho, No. 54, 2006, p.p. 213-214.

familiar enfermo. El problema radica en que para el logro de un preembrión inmunológicamente compatible es necesario generar un número abundante de preembriones que posteriormente serán desechados o congelados. Resulta incongruente que la ley, por un lado, prohíba la modificación de los caracteres hereditarios no patológicos, así como la selección de los individuos por raza o sexo y, por otro, aprueba el DGP que es otra forma de seleccionar individuos humanos⁶⁴⁹, en realidad es una manipulación de palabras y tecnicismos.

La ley en su artículo 1º comienza por indicar su objeto normativo, esto es, *“regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas...la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados”*, y pasa luego a hacer una valoración del embrión manteniéndose en el reconocimiento legal que hasta la fecha se ha hecho respecto del término preembrión. El mismo artículo, en su segundo apartado, define lo que se debe entender por preembrión para efectos de esta ley, entendiéndose por preembrión *“el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”*. Resulta cuando menos interesante el hecho de que el legislador introduce un nuevo elemento al concepto de preembrión que hasta el momento no se había mencionado, ahora se habla del *“embrión in vitro”* cuando anteriormente no se había hecho mención alguna de que el preembrión tuviese que ser originado *in vitro*; lo cual llevaría a la falsa conclusión de que dentro del útero no existe el preembrión *per se*, lo que parece no ser coherente con los argumentos de esta y las leyes anteriores a la hora de delimitar al preembrión y al embrión.

Otra novedad que introduce es la eliminación del límite de la producción de tres ovocitos por ciclo, aunque únicamente se podrán transferir tres embriones en cada ciclo reproductivo para evitar el riesgo de embarazos múltiples, ahora el número de ovocitos fecundados dependerá del criterio clínico del profesional

⁶⁴⁹ ZURRIARÁN, Roberto G. *“La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007”*. Op.Cit. p. 169.

responsable. Esto se traduce en un retroceso, pues se desanda lo avanzado con la entrada en vigor de la Ley 45/2003, que buscaba evitar el exceso de acumulación de preembriones sobrantes, pues esta acumulación abre las puertas a la investigación y experimentación con los preembriones, por lo que la nueva normativa contempla la posibilidad de donar los preembriones sobrantes a la investigación. De esta manera, los preembriones crioconservados se convierten en una fuente inagotable de “materia prima” para la investigación con células troncales embrionarias, produciendo su muerte inmediata⁶⁵⁰. A pesar de esto, lo cierto es que esta normativa si proporciona alternativas al problema de los preembriones supernumerarios, como lo indica el artículo 11.4, al señalar como alternativas: la implantación en la mujer, donación con fines reproductivos a otras parejas, donación con fines de investigación y el cese de su conservación sin otra utilización.

En su Capítulo IV sobre investigación con gametos y preembriones humanos, se termina equiparando el trato de los gametos y de los preembriones, pero cabe aclarar que los gametos masculinos y femeninos son realidades biológicas sustancialmente diferentes al embrión de 14 días de vida. Lo interesante es que esta normativa no permite la creación de preembriones para la investigación, pero si permite que se generen preembriones supernumerarios, que al final permite se donen para la investigación.

Otro punto a resaltar de la ley es el artículo 15 que habla sobre la utilización de preembriones con fines de investigación. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiende a ciertos requisitos: a) que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja, o de la mujer⁶⁵¹; b) que el preembrión no se haya desarrollado *in vitro* más allá de los catorce días desde la fecundación del ovocito; c) en el caso de los proyectos de

⁶⁵⁰ ídem p. 168.

⁶⁵¹ Este apartado se modificó posteriormente por el artículo 8.4 de la Ley 26/2006, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicha modificación no altera la naturaleza o el espíritu de lo dispuesto de dicho apartado, sólo se pretende incluir a las personas con discapacidad.

investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que la investigación se realice en centros autorizados y que los proyectos se lleven a cabo por equipos científicos cualificados; d) que se realicen con base en un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias competentes, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁶⁵².

Las consecuencias sociales de la ley 14/2006 son numerosas, difíciles de estimar y hay quienes consideran que en todos los casos negativos puesto que supone una vez más el uso del término preembrión, un sinsentido biológico, con el único fin de justificar el uso clínico y experimental de una herramienta eugenésica que permite la discriminación de unos seres humanos respecto de otros en función de su identidad genética. Lo cierto es que la normativa española plantea una novedad respecto a otro tipo de ordenamientos jurídicos en tanto que se apoya en una redefinición de embriogénesis humana, pues en dicha legislación española se distinguen tres fases arbitrarias del desarrollo embriológico del ser humano, que son la preembrionaria, embrionaria y fetal, lamentablemente dicha novedad carece de bases biológicas para sustentarla, volviéndose en una mera herramienta lingüística destinada a restarle valor al embrión en sus primeros días para justificar su utilización y eventual destrucción.

⁶⁵² El artículo 20 de la ley aborda el objeto, composición y funciones de este órgano, y lo define como “*el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan*”. Este órgano está compuesto por representantes asignados por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas.

3.6 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica

Por otro lado la ley española 14/2007 de Investigación Biomédica reconoce en su preámbulo la relevancia que guarda la investigación con gametos, embriones o células embrionarias, sin embargo, acepta que dichas actividades científicas tienden a generar importantes incertidumbres éticas y jurídicas que necesitan ser reguladas con la prudencia que exige un tema tan complejo, ya que afecta de manera directa la identidad del ser humano. A su vez realza la importancia *“sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos”*. El espíritu de la ley radica, de acuerdo al legislador, en lograr establecer un equilibrio entre las necesidades de los investigadores científicos y la confianza de la sociedad en la investigación científica que éstos desarrollen. En base a lo anterior, el eje principal de la presente legislación es el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano, así como otros bienes jurídicos relacionados con el ordenamiento jurídico español, de forma destacada la Constitución Española y el Convenio de Oviedo.

3.6.1 Trasfondo Político

A lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, la ponencia encargada de la tramitación del Proyecto de Ley de Investigación Biomédica en el Senado aceptó la enmienda número 132, de Jordi Casas i Bedós (Grupo Parlamentario CIU), que proponía sustituir en todo el proyecto de ley las palabras “preembrión” y “preembriones” por “embrión” y “embriones”. En la justificación de la enmienda se destacaba que carece de respaldo científico la utilización del término preembrión para denominar al embrión preimplantatorio, añadiéndose que *“en general, la utilización de este término no tiene otra finalidad que desproveer al embrión temprano de su característica biológica fundamental de ser humano vivo, dado*

que así se abre la posibilidad de manipularlo sin ninguna responsabilidad ética". Tras hacer constar una menor utilización del término preembrión en los trabajos científicos de los últimos años, se concluía que *"estos datos avalan que la palabra preembrión es un término prácticamente fuera del contexto científico actual y que su utilización (...) tiene una connotación ideológica más que científica, y todo ello con una finalidad de desproveer al embrión de su categoría ontológica de ser humano vivo, para así poder manipularlo sin ninguna responsabilidad ética"*⁶⁵³. Finalmente el término preembrión fue recuperado en el texto definitivo aprobado por el Congreso⁶⁵⁴.

Esta ley constituye la respuesta necesitada ante el desarrollo de la biotecnología y la medicina en áreas de la investigación sobre el hombre, pues no hay que perder de vista que la CE en su artículo 44.2 afirma que: *"Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general"*. De dicho precepto cabe resaltar que alude a la investigación científica técnica, que es distinto a lo acogido en el artículo 20.1 b), que hace referencia a la actividad de creación y producción científica. Debe inferirse entonces, que la actividad de creación y producción incluye un conjunto de acciones, entre las cuales figura obviamente la de investigación. De este modo cabe deducir que, aunque la actividad de investigación no garantiza un resultado de creación o producción científica, éstas sólo son posibles como resultado de la acción de investigación.

Aunque dicha ley viene a solucionar de cierta manera la laguna legal que existía en el tema, varios son los que consideran que atenta contra los derechos humanos a la hora de cometer errores garrafales con respecto al preembrión, errores tales como: una vez más define erróneamente los

⁶⁵³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie II, 3 de mayo de 2007.

⁶⁵⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. A-104-17, 21 de junio de 2007. DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Op. Cit. p. 126.

conceptos de preembrión y de embrión y refrenda la investigación con preembriones⁶⁵⁵.

Sin embargo, para Romeo Casabona, la Ley 14/2007 constituye una importante herramienta jurídica para facilitar la promoción de la investigación científica en algunos ámbitos de vanguardia del sector biomédico. Busca garantizar que la investigación se realice respetando en todo momento los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas y de ciertos valores jurídicos, como podría ser el caso del preembrión; considera que en realidad la ley establece un marco normativo innovador. Hay acuerdo, especialmente por parte de la comunidad científica, acerca de que la sociedad necesitaba una regulación jurídica moderna, avanzada, promotora de la investigación en el sector de la biomedicina, al tiempo que garantista y escrupulosa en sus permisiones. Y siendo así, la Ley 14/2007 viene a cubrir un importante vacío normativo en esta área⁶⁵⁶.

3.6.2 Análisis Jurídico

La ley comienza asentando su objeto en el primer artículo, que para los propósitos de la presente investigación cabe destacar como, regular con pleno respeto a la dignidad e identidad humana y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica, particularmente: la donación y utilización de preembriones humanos o de sus células o tejidos. Lo anterior atendiendo al artículo 2.d que deja claro que uno de los principios de la normativa es garantizar la libertad de investigación y de producción científica en el ámbito de las ciencias biomédicas; el mismo artículo también destaca que la salud, el

⁶⁵⁵ ZURRIARÁN, Roberto G. “*Ley 14/2007 de Investigación Biomédica: el Desenlace de la Desprotección Jurídica en el Inicio de la Vida Humana*”. Cuadernos de Bioética, Vol. 20, No. 68, 2009, p. 91.

⁶⁵⁶ ROMERO Casabona, Carlos M. “*Ley de Investigación Biomédica: un Nuevo y Completo Mapa para la Investigación Científica en Biomedicina*”. Revista de Medicina Clínica, Vol. 132, No. 16, 2009, p.p. 633 – 636.

interés y el bienestar del ser humano⁶⁵⁷ que participe en una investigación biomédica debe prevalecer al interés de la sociedad o de la ciencia. La presente normativa sigue la misma línea que las anteriores, y en su numeral 3º procede a definir una serie de términos, entre los cuales se encuentran los de embrión, feto y preembrión, con cual queda claro que la nueva ley sigue distinguiendo entre preembrión y embrión⁶⁵⁸. En realidad los conceptos preembrión y embrión, tal como los define la ley, una vez más, carecen de fundamento científico y biomédico válido. Hay quienes consideran que queda evidenciado que el propósito de la ley es hacer una reducción biológica y ontológica de dichos conceptos con la finalidad de restarle importancia a su destrucción, así como a su uso carente de responsabilidad ética⁶⁵⁹.

El artículo 33 expresamente prohíbe la creación de preembriones con fines de experimentación, pero al mismo tiempo autoriza la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, siempre que dicha técnica no conlleve la creación de un preembrión para este fin. Otro artículo de interés es el artículo 34.2, inciso e, que establece que para la investigación se requiere de ciertos requisitos como: *“la indicación y la justificación de su número y origen...”*. Además de tener en cuenta todo lo anterior, el artículo 35 indica que los proyectos de investigación requieren del informe previo de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos⁶⁶⁰, al menos los proyectos que

⁶⁵⁷ Resulta interesante que el legislador utilice el término “ser humano” y no “persona” a la hora de señalar que: *“...el bienestar del ser humano que participe...”*.

⁶⁵⁸ El término de “embrión” queda definido como: *“fase de desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener”*; Por “feto” se entenderá: *“embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto”*; finalmente la definición de “preembrión” queda igual que la contemplada en el artículo 1.2 de la Ley 14/2006.

⁶⁵⁹ ZURRIARÁN, Roberto G. *“Ley 14/2007 de Investigación Biomédica: el Desenlace de la Desprotección Jurídica en el Inicio de la Vida Humana”*. Op.Cit. p. 92.

⁶⁶⁰ Se crea como órgano colegiado adscrito al Instituto de Salud Carlos III, goza de carácter permanente y consultivo. Tiene como objetivo asegurar las garantías científicas, éticas y jurídicas que seas exigibles en relación con la investigación, así como dirigir y asesorar sobre la investigación y experimentación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria humana, así

versen sobre ciertas materias como: “a) *investigación con preembriones humanos para la derivación de líneas celulares, para la investigación embriológica y para usos de investigación...*; b) *la investigación con células troncales embrionarias humanas; ...f) cualquier otra línea de investigación que incluya material celular de origen embrionario humano u otro funcionalmente semejante*; g) *la investigación con líneas de células troncales embrionarias que provengan de otro país, intracomunitario o extracomunitario*”.

Por último, la Ley 14/2007 ratifica la descongelación y el uso de los preembriones sobrantes con fines relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de las líneas celulares troncales embrionarias. Por otro lado prohíbe la creación de embriones con fines de investigación, con la excepción que se haga con una finalidad experimental o terapéutica, y es así como, por primera vez en España, se aprueba la posibilidad de desarrollar la llamada clonación terapéutica⁶⁶¹.

Reconoce Romeo Casabona que, ciertamente parte de los contenidos que aborda la Ley 14/2007 son polémicos desde diversos puntos de vista, como es el caso de la inclusión de un catálogo de definiciones legales, en particular algunas de ellas, como es el caso del preembrión, embrión y feto. Pero la gran mayoría de estas definiciones plasmadas en la ley, vienen recogidas en instrumentos jurídicos internacionales. Pero a pesar de los puntos polémicos, es interesante ver cómo ha quedado el mapa normativo de la investigación biomédica a partir de la entrada en vigor de dicha ley⁶⁶².

como contribuir a la difusión del conocimiento científico. La Comisión es un órgano multidisciplinar que estará integrada por doce miembros, todos especialistas de reconocido prestigio en investigación en terapia celular o medicina regenerativa, en bioética y en derecho vinculado con temas bioéticos.

⁶⁶¹ ZURRIARÁN, Roberto G. “*La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007*”. Op.Cit. p.p. 171 – 172.

⁶⁶² ROMERO Casabona, Carlos M. “*Ley de Investigación Biomédica: un Nuevo y Completo Mapa para la Investigación Científica en Biomedicina*”. Op.Cit. p. 634.

Resulta sorprendente que la Ley 14/2007 sostenga que la investigación con células madre embrionarias se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. De hecho, en contradicción del artículo 14.1⁶⁶³, de dicha ley, omite cualquier alusión al uso de células madre adultas como alternativa biomédica a las células madre embrionarias en terapia celular y medicina regenerativa. Hoy en día, se ha introducido un giro radical, el descubrimiento de células troncales iPS⁶⁶⁴, esto es, células de tipo embrionario obtenidas de la reprogramación de células adultas, para las que no se requiere la destrucción de embriones humanos. A pesar de esto, resulta sorprendente que la Ley 14/2007 establezca el marco legal favorable a la investigación biomédica con células troncales embrionarias, cuando el mundo científico ha emprendido otras líneas de investigación biomédica sin recurrir al uso e inevitable muerte de embriones humanos⁶⁶⁵. Lo anterior denota, una vez más, el rezago del derecho frente a los avances científicos.

3.7 La Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro y el Conflicto de Competencias

La importancia de analizar la legislación andaluza en la materia radica en que la Comunidad Autónoma de Andalucía es la única autonomía que cuenta con un marco legal amplio que permite llevar a cabo investigaciones médicas⁶⁶⁶ haciendo uso de células madre embrionarias extraídas de preembriones, pero, además de hacer un repaso a su trasfondo políticos y análisis jurídico, que resultan interesante, también hay que analizar el problema que plantea el conflicto de competencias entre la Comunidad Autónoma y el Estado, que si

⁶⁶³ “La investigación en seres humanos sólo podrá llevarse a cabo en ausencia de una alternativa de eficacia comparable.”

⁶⁶⁴ De sus siglas en inglés: *Induced Pluripotent Stem Cells*

⁶⁶⁵ ZURRIARÁN, Roberto G. “La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007”. Op.Cit. p.p. 176 – 177.

⁶⁶⁶ RUBIO Núñez, Rafael. El estatuto jurídico de la vida por nacer, 2004, p. 116.

bien es un conflicto administrativo guarda relevancia constitucional puesto que la raíz del problema radica en el reparto de competencias en cuanto al desarrollo legislativo. Aunado a lo anterior, forzosamente se tendría que hacer un breve estudio de esta normativa pues es parte del cuerpo normativo de España y por lo tanto debe ser tomado en consideración. Primero se hará un breve análisis de la normativa andaluza, pues no deja de resultar interesante, y posteriormente se concluirá comentando acerca del conflicto de competencias.

3.7.1 Análisis Jurídico

El Grupo Parlamentario Socialista del Parlamento de Andalucía presentó el 9 de Enero de 2003 una proposición de ley con la que se pretendía regular la investigación en Andalucía con preembriones humanos⁶⁶⁷, es así como hasta la fecha la Comunidad Autónoma de Andalucía es la única que cuenta con un cuerpo legal que regula la investigación en materia biomédica utilizando preembriones a través de la Ley 7/2003, de 20 de octubre, misma que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional⁶⁶⁸.

La Exposición de Motivos de esta ley explica que, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía regula la docencia y la investigación sanitaria, destacando que las Administraciones Públicas de Andalucía tienen el deber de fomentar las actividades de investigación sanitaria⁶⁶⁹. Teniendo lo anterior en

⁶⁶⁷ Ídem p. 117.

⁶⁶⁸ Recurso de Inconstitucionalidad número 7552/2003, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 7/2003, de 20 de octubre, del Parlamento de Andalucía, por el que se regula la investigación en Andalucía con preembriones no viables para la fecundación in vitro. El Tribunal Constitucional, por auto de 7 de junio de 2004, ha acordado tener por desistido al Abogado del Estado, en la representación que ostenta del recurso de inconstitucionalidad núm. 7552/2003 y declarar terminado el proceso; quedando, en consecuencia, sin efecto la suspensión, en su día acordada, de la vigencia y aplicación de la Ley recurrida y publicada en el BOE núm. 21, de 24 de enero de 2004. Lo anterior se publicó en el BOE núm. 156, de 29 de junio de 2004.

⁶⁶⁹ La ley reconoce que si bien el artículo 149.1, apartados 15 y 16, de la Constitución atribuye al Estado “*competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...15ª fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica; 16ª ...bases y coordinación general de la*

mente y considerando los progresos científicos y tecnológicos que se han producido en los últimos años en campos como la biomedicina y ciencias de la vida, se busca impulsar urgentemente este tipo de investigaciones y proporcionar cierta seguridad jurídica a los grupos andaluces que aspiran a investigar utilizando preembriones sobrantes con fines terapéuticos⁶⁷⁰, y teniendo en cuenta que sólo se autorizarán aquellos proyectos de investigación que tengan por objeto incrementar el conocimiento sobre desarrollo embrionario, sobre enfermedades consideradas graves o para proporcionar conocimiento que pueda aplicarse en el desarrollo de tratamiento de enfermedades graves.

La presente legislación hace hincapié en la investigación que se ha venido desarrollando en las células madre humanas, particularmente en las embrionarias provenientes del embrión preimplatorio, ya que dicha investigación ha generado esperanza en el tratamiento de enfermedades crónicas, enfermedades como la Diabetes, Parkinson, Alzheimer, Huntington y lesiones de la médula espinal, para las cuales los tratamientos actuales resultaban poco efectivos o no existían. Una fuente innegable de células madre embrionarias son las que provienen de los preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, de hecho legislaciones como la 14/2006 y la 14/2007, que se han analizado anteriormente, no sólo autorizan su utilización sino que promueven la investigación con líneas celulares embrionarias provenientes de preembriones.

En realidad es una ley muy corta pues consta de apenas seis artículos, dos disposiciones transitorias y dos disposiciones finales; empieza, en su primer numeral, por asentar su objeto, el cual es “*regular la investigación, con fines de*

sanidad”; también es verdad que el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en sus artículos 54 y 55 señalan que “*corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de investigación científica y técnica, la competencia exclusiva con relación a los centros y estructuras de investigación de la Junta de Andalucía y a los proyectos financiados por ésta...*” también “*le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia*”.

⁶⁷⁰ Evidentemente el término “terapéuticos” hace referencia a beneficiar a terceros pues queda claro que los preembriones son destruidos al extraerles las células madre.

*mejorar la salud y la calidad de vida de las personas, utilizando los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro, que...se considerarán no viables por haber transcurrido más de cinco años desde su crioconservación*⁶⁷¹”. El segundo artículo enlista de forma taxativa los requisitos que se deben cumplir para obtener la autorización del proyecto de investigación que se realicen con preembriones, tales como: deben estar dotados de interés científico relativo y carecer de carácter lucrativo, sólo podrán utilizarse preembriones que no se hayan desarrollado más allá de los catorce días, el proyecto debe contar con la autorización del Comité de Investigación con Preembriones Humanos además de informe por parte de la Comisión Autonómica de Ética e Investigación Sanitarias de Andalucía. El tercer artículo lo dedica a la donación y al consentimiento de los progenitores.

El artículo 6 versa sobre el Comité de Investigación con Preembriones Humanos, que se constituye como un órgano colegiado adscrito a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía⁶⁷², entre sus funciones se encuentran: “a) *autorizar los proyectos de investigación con preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro que cumplan los requisitos en esta norma, así como la custodia legal de los embriones donados por lo progenitores y de los cedidos por los centros de reproducción asistida; b)*

⁶⁷¹ Al respecto cabe mencionar que dicho plazo resulta arbitrario y carente de bases científicas, y es que dicha Ley se basa en lo estipulado en la derogada Ley 35/1988, que es la que estaba vigente en el momento de entrada en vigor de la presente normativa, sin embargo, la Ley 45//2003 elimina el plazo de cinco años para crioconservar preembriones sobrantes y posteriormente la Ley 14/2006 sigue la misma línea que la Ley 45/2003 y en su artículo 11.3 señala: “ *los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación...de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente...*”. Con esto queda claro que la definición utilizada en la ley autonómica andaluza resulta arcaica y arbitraria, ya que no responde a los últimos avances científicos que han venido demostrando que los preembriones no sufren deterioro alguno tras la crioconservación y resulta erróneo calificarlos como “no viables”. RUBIO Núñez, Rafael. El estatuto jurídico de la vida por nacer, 2004, p. 118.

⁶⁷² El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía emite el Decreto 364/2003, de 22 de diciembre, por el que se regula la organización, composición y funcionamiento del Comité de Investigación con Preembriones Humanos y el procedimiento de autorización de los proyectos y centros de investigación con preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro. Publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 31 de diciembre.

garantizar el cumplimiento de las condiciones en las que se debe realizar el consentimiento informado por los donantes; c) establecer la trazabilidad de los preembriones por medio de procesos que comprenderán, entre otros, la identificación de donantes, banco de preembriones, laboratorio de investigación dentro de la protección de datos y confidencialidad; d) mantener una base de datos, de acceso público, en la que figurará como información básica: el nombre del investigador principal, un resumen sobre el objetivo de la investigación, las condiciones a las que está sujeta la misma, el número de preembriones utilizado, la fecha de concesión y el periodo de validez de la autorización; ...”

Otro punto interesante a considerar, como señala Rubio Núñez, es que la disposición transitoria primera de la normativa andaluza vulnera el principio general que prohíbe la creación de preembriones humanos con cualquier fin distinto al de la reproducción y que ha quedado asentado en el artículo 160.2 del Código Penal⁶⁷³ y en el artículo 33.1 de la Ley 14/2007⁶⁷⁴. Dicha disposición señala que *“los progenitores de preembriones sobrantes ya existentes a la entrada en vigor de la presente Ley deberán ser consultados a fin de que manifiesten su voluntad sobre la posibilidad de donación para la investigación”*; esta disposición es transitoria y dejará de tener validez una vez sea establecida la finalidad y el permiso para utilizar los preembriones previamente existentes. Para el caso de los preembriones que aún no existen, es decir que se crioconservarán en un futuro, de acuerdo al artículo tercero⁶⁷⁵ de esta normativa, se habrá de conseguir el permiso correspondiente, antes de que los preembriones lleguen a crearse, es decir, justo antes del proceso de fecundación y congelación. Posteriormente, el artículo cuarto señala que *“Los preembriones que hayan sido donados por los progenitores, serán puestos a*

⁶⁷³ *“Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”.*

⁶⁷⁴ *“Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación”* De lo anterior se concluye que sólo está permitida la constitución de preembriones para fines reproductivos.

⁶⁷⁵ Que señala que los progenitores, con anterioridad a la realización de la donación, deberán ser informados pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen con la investigación y de sus implicaciones.

disposición del Comité de Investigación con Preembriones Humanos por los centros de reproducción asistida, una vez transcurrido el plazo de cinco años de crioconservación". Por lo que, como señala Rubio Núñez, lo que hace la legislación andaluza es un "bypass legal" y está legalizando la creación de preembriones con fines distintos a la procreación, con un simple retraso de cinco años en su utilización⁶⁷⁶.

Desde entonces la comunidad andaluza ha buscado seguir avanzando e innovando en materia normativa, y en abril de 2014 la Junta de Andalucía anuncia que de aprobarse el Proyecto de Ley que modifica la Ley 7/2003 y la Ley 1/2007⁶⁷⁷ no se necesitaría la autorización del Estado para trabajar con embriones, pues contarían con un nuevo organismo dotado de autonomía de funcionamiento con las mismas características de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos de ámbito nacional. Este organismo sería el Comité de Investigación con Muestras Biológicas de Naturaleza Embrionaria, cuyo objetivo es agilizar la autorización del desarrollo de trabajo de investigación científica fundamental. Se trataría del primer organismo autonómico en España que contaría con capacidad plena para evaluar y autorizar los trabajos científicos con preembriones humanos sobrantes de técnicas de fecundación *in vitro*⁶⁷⁸. Y, posteriormente, el 9 diciembre de 2014 se aprueba la Ley 4/2014 por la que se modifican la Ley 7/2003, de 20 de octubre, mediante la cual se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la investigación *in vitro*, y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica⁶⁷⁹.

Específicamente, la Ley 4/2014 modifica dos artículos de la Ley 7/2003, interesa mencionar la modificación del artículo sexto, puesto que el Comité de

⁶⁷⁶ RUBIO Núñez, Rafael. El estatuto jurídico de la vida por nacer, 2004, p. 119.

⁶⁷⁷ De 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica.

⁶⁷⁸ Diario ABC, 16 de abril de 2014. <http://sevilla.abc.es/andalucia/20140416/sevi-andalucia-investigacion-embriones-201404152239.html>.

⁶⁷⁹ Boletín Oficial del Estado, No. 8, Sec. I, p.p. 1972-1976.

<http://www.boe.es/boe/dias/2015/01/09/pdfs/BOE-A-2015-183.pdf>

Investigación con Preembriones Humanos pasa a ser el Comité Andalúz de Investigación con Muestras Biológicas de Naturaleza Embrionaria, que es un órgano colegiado adscrito a la Consejería competente en materia de salud, y con la consideración del Comité de Ética de la Investigación con las características y funciones que se definen en el artículo 12 de la Ley 14/2007; es un Comité homólogo a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos que contemplan los artículos 37 y 38 de la misma Ley 14/2007. Este Comité será consultado en los proyectos de investigación que versen sobre:

- a) La investigación con preembriones humanos para la derivación de líneas celulares, para la investigación embriológica y para otros usos de investigación, excepto aquellos relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
- b) La investigación con células troncales embrionarias humanas.
- c) La activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para su uso con fines terapéuticos o de investigación.
- d) Cualquier otra técnica que, utilizando en todo o en parte muestras biológicas de origen humano, pueda dar lugar a la obtención de células troncales.
- e) La investigación con células o tejidos embrionarios obtenidos por cualquiera de los procedimientos señalados en el artículo 33.2. de la ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- f) Cualquier otra línea de investigación que incluya material celular de origen embrionario humano u otro funcionalmente semejante.
- g) La investigación con líneas de células troncales embrionarias que provengan de otro país, intracomunitario o extracomunitario⁶⁸⁰.

Al día de hoy Andalucía y Cataluña han sido las primeras Comunidades Autónomas a las que el Gobierno ha autorizado el desarrollo de líneas

⁶⁸⁰ Artículo primero Proyecto de Ley por la que se Modifica la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica. <http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Proyecto%20de%20Ley%20reprogramaci%C3%B3n%20celular.pdf>

celulares a partir de células madre embrionarias o adultas a través de la suscripción de un convenio. En el caso de la comunidad catalana la investigación está principalmente orientada hacia el área de la medicina regenerativa, a través de la creación del Centro de Investigación de Medicina Regenerativa de Barcelona, mientras que en la comunidad andaluza se centra en el Banco Nacional de Líneas Celulares que tiene su sede en Granada⁶⁸¹.

3.7.2 Conflicto de Competencias

Después de haber analizado la Ley 7/2003 es importante detenerse a mencionar el problema que generó y que sigue generando el conflicto de competencias que surgen a raíz de normativa autonómica en relación con la investigación con preembriones humanos no viables. Evidentemente se está frente a un caso de conflicto positivo de competencia, pues opone al Estado con una Comunidad Autónoma, en este caso particular la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Pues bien, esta ley fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, aunque dicho recurso fuese retirado más tarde a pesar de que el Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida; que en su disposición final segunda estipula que “...se dicta al amparo del artículo 149.1.16.a de la Constitución Española, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad...”. Por lo que, como concluye Rubio Núñez, el gobierno, que asume su competencia exclusiva sobre esta materia, no considera la normativa andaluza como contradictoria con la ley 45/2003, que era la vigente en el momento⁶⁸².

⁶⁸¹ RUBIO Núñez, Rafael. El estatuto jurídico de la vida por nacer, 2004, p. 119.

⁶⁸² Ídem p.116.

Por otro lado, Alegre Martínez se cuestiona la legitimidad con la que las Comunidades Autónomas regulan esta materia, puesto que de la lectura del texto constitucional, específicamente de los artículos 81.1, 139.1 y 149.1.1^a se puede deducir que se inclina por confiar exclusivamente al Estado el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales⁶⁸³. Por otro lado, hay quien considera que esta interpretación está ya superada, y es el caso de Lucas Murillo, quien señala que de la lectura de las STC 61/1997 y 173/1998 se puede concluir que la regulación de ciertas materias por parte de las Comunidades Autónomas se traduce en una armonización, promoción y defensa de los derechos fundamentales con la organización territorial del Estado⁶⁸⁴.

De la lectura de dichas sentencias se puede concluir también que las Comunidades Autónomas no pueden regular el desarrollo directo de los elementos esenciales de los derechos fundamentales, en este caso del derecho de sanidad y de investigación científica y técnica pues la Constitución faculta únicamente al Estado para hacerlo a través de los artículos 149.1.16^a y 149.1.15^a respectivamente. Aunado a lo anterior, las leyes orgánicas deben ser el punto de partida y referencia que deben tener presente las Comunidades Autónomas al regular el régimen jurídico de la investigación con preembriones, y es verdad que en principio no contraviene la legislación Estatal en la materia.

El Partido Socialista adoptó más bien la postura sostenida por Lucas Murillo en cuanto a la investigación con preembriones creados mediante las técnicas de fertilización *in vitro*, y en el momento en el que el Parlamento Nacional se encontraba elaborando una ley para resolver la cuestión, comenzó a proponer legislaciones autonómicas en la materia⁶⁸⁵. Es así como surge la

⁶⁸³ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel. “*Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad*”. Revista de Derecho Político, No. 53, 2002, p.p.356-357.

⁶⁸⁴ LUCAS Murillo de la Cueva, Enrique. “*Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales*”. Revista de Derecho Político, No. 46, 1999, p. 38.

⁶⁸⁵ RUBIO Núñez, Rafael. El estatuto jurídico de la vida por nacer, 2004, p. 116.

Ley 7/2003 y más tarde la ley 4/2014 que le modifica y que se han examinado a lo largo del apartado anterior

3.8 El status del preembrión en el marco legal español

A primera instancia parecería que la legislación española ha llevado un proceso creciente de desamparo de la vida humana incipiente, o dicho de otro modo, un proceso de “cosificación” cada vez mayor. Actualmente con una regulación sedimentada en una concepción más bien utilitarista. Una investigación verdaderamente ética y científica, si desea contribuir al bien integral de los hombres, no puede ni debe encontrar su origen y desarrollo en la destrucción de la vida de seres humanos indefensos⁶⁸⁶. Pero, a su vez, el interés por impulsar el avance científico en este ámbito tiene su justificación, pues de cierta manera es la forma en que la sociedad lucha por su propia vida, y para el hombre eso es lo más importante, es parte de su naturaleza humana. Al mismo tiempo cabe resaltar el interés y la preocupación de este país al regular en una materia que cambia día a día, con el fin de proporcionar cierta seguridad jurídica, tratando de respetar, en medida de lo posible, los derechos constitucionales de la mayoría.

En realidad la normativa vigente lo que denota es una clara ausencia de rigor a la hora se emplear el término de preembrión, esto debido a que científicamente se ha comprobado que existen gametos y embriones, pero no preembriones. Además, la actual legislación española permite acciones que atentan contra el preembrión, como es el caso del diagnóstico preimplantario⁶⁸⁷, la generación de preembriones supernumerarios, la

⁶⁸⁶ ZURRIARÁN, Roberto G. “*La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007*”. Op.Cit. p. 180

⁶⁸⁷ Proceso que consiste en tomar una célula de un preembrión generado *in vitro* en el estado de desarrollo embrionario en que el embrión está constituido por 4 u 8 células y determinar empleando distintas técnicas de ingeniería genética el sexo del embrión y/o diagnosticar si es portador de determinadas enfermedades cromosómicas. Pero en realidad dicha práctica no previene la enfermedad sino que mata al individuo que las padece.

investigación con células troncales embrionarias y la creación de los llamados “bebés medicamento”⁶⁸⁸.

La legislación española no sólo asumió, sino que sigue incorporando a su articulado un artificio verbal carente de cualquier base científica, al establecer como rigurosamente probada la existencia de una doble categoría de embriones: los de menos de catorce días de vida, o preembriones, y los de más de catorce días de vida, o embriones y posteriormente fetos. Y lo que es peor, equipara los gametos con el preembrión, pero evidentemente no es lo mismo investigar con gametos que hacerlo con embriones humanos⁶⁸⁹.

Pero lo importante de este apartado es, una vez habiendo analizado el marco normativo positivo en España, intentar definir el status legal del preembrión dentro de la legislación de este país. A lo largo de este capítulo se ha podido ver la evolución normativa de España a la hora de legislar en torno al preembrión, así como todos los debates políticos y éticos que han conllevado dicha evolución. Cada una de las legislaciones estudiadas ha aportado algo al debate y a ha enriquecido de una forma u otra la legislación vigente. Ahora bien, del análisis de todas ellas, se pueden desprender las siguientes conclusiones en cuanto al status que guarda el preembrión, de acuerdo a la legislación en España:

1. A excepción de la Ley 42/1988 todas las demás normativas (menos la Ley 9/1985 que versa sobre el aborto) hacen uso del término de preembrión. A pesar de lo anterior, todas las legislaciones distinguen entre el embrión implantado en el útero materno y el embrión en los primeros catorce días desde la fecundación y que no se ha implantado, de hecho se le equipara a los gametos.

⁶⁸⁸ LÓPEZ Barahona, Mónica. “*El Respeto al Embrión Humano y la Ley 14/2006 Vigente en España de Reproducción Asistida*”. Cuadernos de Bioética, Vol. 18, No. 64, 2007, p.p. 347 – 350.

⁶⁸⁹ ZURRIARÁN, Roberto G. “*La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007*”. Op.Cit. p.p.174 – 175.

2. Se concluye que, por preembrión deberá entenderse al conjunto de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde. Hasta ese punto se encuentran de acuerdo todas las legislaciones, sin embargo la Ley 35/1988 estipula que, además, debe anidarse establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva. Por otro lado, las leyes 14/2006 y 14/2007 añaden un factor interesante, entienden que preembrión es sólo aquel óvulo fecundado *in vitro*, por ende se deduce que no se consideran preembriones a los óvulos fecundado *in vivo*.
3. En lo que absolutamente todas las legislaciones, vigentes y derogadas, coinciden es en prohibir la creación de preembriones específicamente para destinarlos a la investigación, actividad que todas las legislaciones permiten, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos que ya se han analizado previamente.
4. A pesar de lo anterior, las legislaciones han ido cambiando su postura en cuanto al número de óvulos a fecundar en cada ciclo de tratamiento. La Ley 35/1988 no establecía límite alguno, por lo que, aunque prohibía la creación de preembriones para su uso en la investigación, lo cierto es que se generaban un gran número de preembriones supernumerarios que servían de materia prima a los proyectos de investigación. Posteriormente la Ley 45/2003 estableció un límite de máximo 3 óvulos fecundados por ciclo, con el fin de solucionar el problema de preembriones supernumerarios. Pero finalmente la ley vigente, la Ley 14/2006, de nuevo suprime el límite de óvulos a fecundar y lo deja a discreción y criterio del profesional responsable.
5. Otro punto a resaltar es que, la primera ley permitía la investigación en preembriones viables y no viables, pero más tarde la Ley 42/1988 establece que sólo se permitía si los preembriones eran no viables. A este requisito se aunó el más importante, debían ser preembriones sobrantes de los procesos de FIV.
6. Finalmente, las últimas legislaciones españolas denotan una clara tendencia hacia favorecer la experimentación e investigación con preembriones humanos, hecho que diferencia la legislación española respecto a otras mucho más garantistas y defensoras de la vida humana

no nacida. La normativa de este país no sólo autoriza la investigación con preembriones, sino que regula y permite el DGP y la selección genética de preembriones (bebé medicamento), lo cual se traduce en descartar preembriones en base a sus condiciones genéticas.

Antes de concluir, es evidente que estas normas se encuentran en contradicción con el Código Penal Español, el cual en su Libro II, Título V, contempla un apartado dedicado a los delitos relativos a la manipulación genética (Arts. 159–162). Este cuerpo legal prohíbe explícitamente que se altere el genotipo humano (Art. 159.1), se fecunde un óvulo con fines distintos a la procreación humana (Art. 160.2), y se lleve a cabo actividades tendientes a clonar⁶⁹⁰ a seres humanos, así como cualquier otra actividad que conlleve a la selección de la raza (Art. 160.3). El artículo 161.1 del Código Penal dispone: *“serán castigados [...] quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fi distinto a la procreación humana”*. A contrario sensu, no hay castigo para el supuesto más frecuente, esto es, que habiéndose fecundado con fines reproductivos, se destinen después a la investigación⁶⁹¹.

Habría que considerar si realmente un solo cuerpo normativo pudiera extenderse hasta abarcar todas las circunstancias que se derivan de las prácticas que plantean los adelantos en las áreas de biomedicina y genética y sus consecuencias. Este planteamiento tiene trascendencia ya que trae aparejada la consecuencia jurídico-constitucional de limitar y medir el grado de dignidad y la aplicación de la protección del derecho a la vida en las distintas fases de la de la misma.

⁶⁹⁰ El Código Penal evidentemente se refiere a la clonación reproductiva a la hora de puntualizar “la creación de seres humanos idénticos por clonación...”, por lo que deja la puerta abierta a la llamada clonación terapéutica.

⁶⁹¹ **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

4. Evolución Administrativa

A la par de las legislaciones y las sentencias del Tribunal Constitucional, se fueron dando una serie de instrumentos administrativos que tenían por objetivo complementar la tarea del legislador y del TC para mejor regular las prácticas que conllevaban hasta el momento las insipientes técnicas de fertilización *in vitro* y que se analizarán grosso modo con el fin de entender mejor el cuerpo normativo de España.

Así, en marzo de 1996 se aprobaron dos reglamentos de desarrollo de la Ley 35/1988: el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones⁶⁹² con fines de reproducción humana; y el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida. Un año más tarde, en marzo de 1997 el Real Decreto 415/1997 creaba la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁶⁹³. Pero para efectos de la presente tesis no se profundizará más en dichos reglamentos, puesto que supera las intenciones de esta investigación.

Más tarde, con la finalidad de complementar la Ley 45/2003 surge el Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de embriones sobrantes⁶⁹⁴. Este cuerpo legal tiene por objeto “...regular el destino de los preembriones humanos supernumerarios que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003...y tiene por finalidad determinar las condiciones específicas para

⁶⁹² Que más adelante estaría contemplado en el articulado de la Ley 14/2006, específicamente en el artículo 21.

⁶⁹³ LEMA Añón, Carlos. Op. Cit. p. 71.

⁶⁹⁴ BOE N° 262, de 30 de octubre de 2004.

que las estructuras biológicas obtenidas en el momento de su descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación”⁶⁹⁵.

El Real Decreto consta únicamente de cuatro artículos, como se acaba de señalar, el primero establece el objeto del Decreto; el segundo artículo regula el consentimiento de los progenitores para la utilización de preembriones destinados a la investigación; los formularios de consentimiento informado que se les dan a las parejas deben incluir una cláusula que especifique que los donantes renuncian a cualquier derecho de naturaleza económica, patrimonial o potestativa sobre los resultados que pudieran obtenerse directa o indirectamente de las investigaciones que se lleven a cabo con dichos preembriones. El tercer artículo versa sobre el informe de los proyectos, dichos proyectos requerirán un informe preceptivo y favorable por la Comisión de seguimiento y control de la donación y utilización de células y tejidos humanos, órgano dependiente del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

Por último, el artículo cuarto se centra en las condiciones de los proyectos de investigación que incluyan la utilización de preembriones humanos congelados sobrantes de las técnicas de reproducción asistida; este artículo contiene una lista taxativa de dichas condiciones:

- a) Identidad y cualificación profesional del investigador principal y de todos los participantes en el proyecto.
- b) En aquellos casos en los que los proyectos supongan o incluyan el desarrollo de líneas celulares a partir de células troncales embrionarias, especificación del número, procedencia y centro de origen de los preembriones donados a esos fines que vayan a ser utilizados en el proyecto, incluyendo el formulario de consentimiento informado de los progenitores correspondientes, tanto para la utilización que se pretende llevar a cabo como para otras utilizaciones o destinos posibles de entre

⁶⁹⁵ Artículo 1, Real Decreto 2132/2004.

los previstos en la disposición final primera de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

- c) Indicación de las relaciones e intereses comunes existentes de cualquier naturaleza, o ausencia de estos, entre el equipo y centro que hayan llevado a cabo cada uno de los procesos de reproducción asistida que hayan generado los preembriones que vayan a ser incluidos en el proyecto.
- d) Medios materiales y humanos, así como recursos humanos, y recursos disponibles para el desarrollo del proyecto.
- e) Información general y estado actual de los conocimientos científicos en el ámbito del proyecto de investigación.
- f) Justificación y objetivos del proyecto, incluyendo entre ellos la acreditación de su relevancia y excelencia científica, así como la imposibilidad de desarrollar las investigaciones previstas en el modelo animal.
- g) Descripción del proyecto y de sus fases y plazos, incluyendo la especificación de su restricción al ámbito básico o su extensión al ámbito clínico de aplicación.
- h) Descripción de las condiciones financieras del proyecto y su presupuesto, así como declaración y compromiso de ausencia de su carácter lucrativo.
- i) Informe del comité ético de investigación clínica del centro correspondiente en el caso de que el proyecto incluya esa fase de desarrollo.
- j) Compromiso suscrito de suministrar a la autoridad pública correspondiente los datos que permitan identificar y conocer la conservación de las líneas celulares que pudieran obtenerse como consecuencia de desarrollo del proyecto, a efectos de la constitución de un registro de líneas celulares.
- k) Compromiso de cesión con carácter gratuito de las líneas celulares que puedan obtenerse en el desarrollo del proyecto para el desarrollo de otros proyectos, según los criterios de distribución del centro coordinador correspondiente.

Finalmente, el Decreto contiene una adicional única que habla sobre el Banco Nacional de Líneas Celulares⁶⁹⁶, que se encargará de la elaboración, el almacenamiento, la conservación y gestión de líneas celulares de diverso tipo, de acuerdo con las normas y estándares que determine la legislación nacional e internacional.

Por su parte, la Ley 14/2006 menciona dos Registros, el primero contenido en el artículo 21, que es el Registro Nacional de Donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es un registro de carácter administrativo en el que se inscriben los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana. Este registro basará sus datos en los que proporcionen las Comunidades Autónomas en lo referente a su ámbito territorial correspondiente, también contendrá los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Se debe tener presente que ya existía un Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones regulado por el Real Decreto 412/1996. El segundo registro del que hace mención la Ley es el Registro Nacional de Actividades y Resultados de los Centros y Servicios de Reproducción Asistida, el cual tiene un carácter asociado o independiente al anterior registro, dicho registro evaluará la efectividad y la tasa de éxito de cada centro, pero también llevará el control sobre el número de preembriones crioconservados que se conserven en cada centro.

⁶⁹⁶ Más tarde, la Ley 14/2006 menciona, aunque escuetamente, el Banco Nacional de Líneas Celulares, al afirmar que se adscribe al Ministerio de Sanidad y consumo, a través del Instituto de Salud <<Carlos III>>. Dicho organismo se regula por la Orden SCO/393/2006, de 8 de febrero, por la que se establece la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares; dicha orden entra en vigor sólo unos meses antes que la Ley 14/2006, por lo que en su artículo 1º aún se lee que dicha orden “*regula la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares previsto en la Disposición adicional única de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la cual se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*”. El objetivo principal de dicho organismo, según se lee en su segundo artículo, consiste en garantizar en todo el territorio nacional la disponibilidad de líneas celulares troncales humanas embrionarias y adultas para la investigación biomédica.

Finalmente, la Ley 14/2007 crea el Comité de Bioética de España, como un órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo en materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud y está adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo. Está integrado por personas cualificadas del mundo científico, jurídico y bioético; y entre sus principales funciones se encuentran: *“a) emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes; b) emitir informes, propuestas y recomendaciones sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas de la Biomedicina y Ciencias de la Salud que el Comité considere relevantes; c) establecer los principios generales para la elaboración de códigos de buenas prácticas de investigación científica, que serán desarrollados por los Comités de Ética de la Investigación; d) representar a España en los foros y organismos supranacionales e internacionales implicados en la Bioética; e) elaborar una memoria anual de actividades; y f) cualesquiera otras que les encomiende la normativa de desarrollo de esta Ley”*.

4.1 El status del preembrión ante el avance administrativo

La labor de los instrumentos administrativos, además de complementar la tarea del legislador y del Tribunal Constitucional para mejor regular las prácticas que conllevaban hasta el momento las técnicas de fertilización *in vitro*, se ha limitado más bien a desarrollar, a través de reales decretos, el funcionamiento de los diversos Registros que se van creando con las distintas legislaciones.

Indiscutiblemente a lo largo de dichos decretos poco, o nada, se trata o cuestiona el status del preembrión o el grado de protección que se le debe otorgar, o si se debe considerar o no persona dotada de derechos fundamentales, simplemente busca regular las actividades de los Registros, o sientan las bases para para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación

con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes, como es el caso del Real Decreto 2132/2004.

Pero de la simple lectura de los instrumentos administrativos que se han analizado brevemente se puede concluir que el preembrión recibe más bien un trato análogo al de los gametos, pues en todo momento se le equipara a ellos, ya sea para fines de reproducción y posterior crioconservación o con fines de investigación. En cualquier caso, se refiere al preembrión como propiedad de los progenitores, o donantes, según sea el caso, pues se requiere siempre de su consentimiento informado para poder destinar los preembriones a la investigación. Además de lo anterior contemplan la posibilidad de generar derechos de carácter económicos o patrimoniales derivados de la investigación con preembriones y/o de las células madre embrionarias que se deriven de ellos. Dicho reglamento, al contemplar esto último, y prever la posibilidad de obtener beneficios económicos a partir de una vida humana en formación le está cosificando de cierta forma, pues ninguno de los requisitos exige cierto grado de protección. Por otro lado, no hay que olvidar que también que se crea el Comité de Bioética de España, que aunque sus informes y recomendaciones carecen de fuerza, busca infundir cierto grado de ética a las prácticas desarrolladas en torno al preembrión y a las demás investigaciones en materia de biomedicina y genética.

A pesar de lo anterior, no se puede analizar aisladamente los instrumentos administrativos, se tienen que entender como parte del cuerpo legal de un país. Y si se analizan como parte de las legislaciones de las que derivan, o que buscan complementar, la conclusión acerca del status del preembrión forzosamente varía. Se entiende que el objetivo de estas normativas no ha sido cosificar al preembrión sino sólo ampliar una parte determinada de la legislación, no ir en contra de la misma.

5. Status Jurídico del Preembrión en España

La euroencuesta realizada por la Fundación BBVA en el marco del Estudio Europeo de Biotecnología entre octubre de 2002 y febrero de 2003 demostró, por lo que a España se refiere, la profunda preocupación de la sociedad española por estos temas y, lo que resulta más importante, la existencia de opiniones encontradas y de la falta de ese consenso mayoritario que es absolutamente imprescindible a la hora de legislar en tan delicada materia. Así, en relación con el estatuto del preembrión, un 30% de los encuestados estimaron que un embrión de unos pocos días (el preembrión) es un ser humano con la misma condición moral, mientras que un 22% opinaron que era un conjunto de células sin condición moral. O, respecto del tema fundamental del comienzo de la existencia de vida humana, el 44% entendió que se producía por la unión de un espermatozoide y un óvulo, el 12% a los 15 días después de la concepción y el 21% a los tres meses después. Respecto del uso del preembrión para la investigación científica sobrante de los tratamientos de fecundación asistida, un 35% se muestra partidario y un 21% en contra, y tratándose de preembriones específicamente creados con fines de experimentación, el 29% se manifiesta en contra y el 25% a favor, registrándose igualmente valores medios respecto de la investigación con células troncales y su aplicación en la terapia celular de la Medicina regenerativa del futuro⁶⁹⁷. Dicha encuesta reflejaba la opinión que guardaba la sociedad española con respecto del preembrión, opinión que hoy en día no ha variado mucho, pues la sociedad española sigue apostando por la investigación con células madre embrionarias derivadas de preembriones supernumerarios.

Así, en el caso español, la adopción del término preembrión supuso hacer una relectura de la ontogénesis humana al margen de los conocimientos ofrecidos por la embriología que en la práctica derivó en la configuración de un ordenamiento jurídico contrario a otorgarle un estatuto antropológico al

⁶⁹⁷ LANZAROTE Martínez, Pablo. Op. Cit. p.p. 187-188.

preembrión⁶⁹⁸. En el mismo sentido, del ordenamiento español se deduce que no es cierto que toda vida humana sea equivalente a persona humana en sentido jurídico, porque solamente el nacimiento provoca la adquisición de la personalidad, y por ende la titularidad de derechos fundamentales. Eso se desprende de los artículos 29 y 30 del Código Civil de 1889⁶⁹⁹.

En España se empleó el concepto de preembrión, que se aplica a los cigotos de catorce días o menos de evolución a partir de la fecundación, con el argumento de que la vida humana realmente no comienza en el momento de la fertilización sino cuando el óvulo fecundado ya se ha implantado en el endometrio uterino; antes de ese lapso de dos semanas después de la fecundación, parece ser que la legislación española concluye que el cigoto todavía no puede considerarse como verdadero precursor de un ser humano, y por lo tanto puede permitirse su uso para la investigación⁷⁰⁰.

Al igual que en las legislaciones de otros países, en el ordenamiento español cabe resaltar ciertos puntos clave que se tornan relevante a la hora de intentar regular el status del preembrión:

- **Creación de Preembriones.** La legislación española autoriza la creación de preembriones con el fin de tratar los problemas de infertilidad. A pesar de esto, el legislador ha ido imponiendo una serie de limitaciones a la creación de preembriones con el fin de reducir el número de preembriones supernumerarios. Específicamente se ha prohibido la creación de preembriones con el objetivo de destinarlos a la investigación, en España sólo se pueden crear con fines reproductivos.
- **Destino de los preembriones supernumerarios.** Al respecto, la normativa española es muy clara, como ya se ha visto a lo largo del presente capítulo, son cuatro los posibles destinos de los preembriones

⁶⁹⁸ VIVANCO, Luis; et. al. Op. Cit. p. 222.

⁶⁹⁹ El artículo 29 del Código Civil dice: “*El nacimiento determina la personalidad...*”, por otro lado el artículo 30 reafirma lo anterior al señalar “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*”

⁷⁰⁰ PÉREZ Tamayo, Ruy. “*Los problemas éticos de la conservación de los embriones humanos*”. Op. Cit. p. 53.

supernumerarios: 1) crioconservación, 2) donación, 3) destrucción y 4) destinarlos para la investigación científica. Básicamente son las mismas opciones que contemplan de una u otra forma las legislaciones de otros países, y al igual que ha sucedido en esos países, en España cada uno de estos destinos ha generado debate dentro del seno de la sociedad. La primera opción, la crioconservación, crea conflicto en cuanto a delimitar el tiempo máximo que podrá permanecer el preembrión en estas condiciones; el segundo punto, la donación, lleva a la sociedad a plantearse el posible status del preembrión como propiedad y no como posible integrante de la raza humana; y finalmente, es la tercera opción la que mayor problema ético encierra. Todo esto llevó al Tribunal Constitucional a emitir sentencias que buscaban determinar el grado de protección a la vida y la dignidad que se le conceden al preembrión.

- **Obtención de Células Madre Embrionarias.** Como en el resto de los países, la experimentación con preembriones es la cuestión que encierra más polémica y debate, y España no fue inmune a esta discusión. España optó por brindar a la vida del preembrión una protección constitucional menos intensa, en otras palabras, la protección constitucional de esa vida cedería más fácilmente frente a otros bienes o valores constitucionales, en este caso ante la libertad de investigación científica. En base a todo lo anterior, en este país se permite, la obtención de células madre embrionarias a partir de preembriones, previa aprobación de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida o una comisión *ad hoc*.
- **Clonación Terapéutica.** En España, este también es un tema controvertido, pero de la lectura de la legislación vigente cabría concluir que en un principio, si se lleva a cabo en preembriones supernumerarios que han excedido el tiempo legal de crioconservación señalado para ser implantados, y con la autorización de los donantes del material genético, la clonación terapéutica debería estar permitida. Sin embargo, el debate sigue latente y no existe una legislación que proporcione una respuesta concreta, pues lo único que dice la ley es que la clonación reproductiva está prohibida, pero nada dice sobre la terapéutica, de hecho a través de la Ley 14/2007 el legislador ha adoptado una postura un tanto ambigua

en cuanto a esta técnica, sin embargo, la misma ley en su artículo 33.2 al hablar de la “*activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*” lo que hace es definir precisamente la clonación terapéutica, y bajo esta premisa queda permitida.

En el contexto jurídico-constitucional que impera en España la investigación con células madre embrionarias que provienen de los preembriones supernumerarios de las terapias de FIV en ningún caso resulta inconstitucional, por no salvaguardar la dignidad humana tal como lo estipula el artículo 10.1 CE⁷⁰¹. A pesar de esto, hay quienes consideran que el ordenamiento jurídico español presenta una carencia gravísima: tras haberla ideologizado y hasta mercantilizado, ha olvidado las bases y el alcance de la noción integral, sustancial, de persona. Todo esto llama a desplegar un esfuerzo multidisciplinar para restaurar esa noción: sólo así cabría contar con una legislación basada en la dignidad de la persona⁷⁰².

Tomando en consideración la legislación vigente y las sentencias del Tribunal Constitucional español, se puede concluir que el preembrión no es persona, pero tampoco se le puede considerar cosa, sino que más bien posee un estatuto jurídico propio, autónomo y específico, es decir *sui generis*, cuyos perfiles no han terminado de delimitarse⁷⁰³. Parece lógico, hasta cierto punto, que el grado de protección siga una simple regla matemática, es decir, la protección es directamente proporcional: a mayor grado de desarrollo mayor grado de protección.

⁷⁰¹ URRUELA Mora, Asier. Op. Cit. p. 159.

⁷⁰² REQUERO, José Luis. Op. Cit. p. 223.

⁷⁰³ URRUELA Mora, Asier. Op. Cit. p. 173.

CONCLUSIÓN

CONCLUSIÓN

Las prácticas actuales, dejando de lado si son o no legales, tienden a desplazar o a cambiar las legislaciones vigentes. La pretensión de estas normativas suele ser incidir en las prácticas para ajustarlas a una serie de principios y valores; sin embargo, la mayoría de las veces el resultado ha sido más bien el contrario, y ha sido la legislación la que se ha tenido que adaptar a las prácticas actuales, en este caso debido al rápido desarrollo de las técnicas y de las ciencias. A veces la norma logra influir en las actividades de los grupos de investigación científica, pero a pesar de esto algunas de estas actividades bordean la legalidad, provocando grandes debates dentro de la sociedad y de las comunidades académica y jurídica. Como consecuencia, suelen originar reformas a las normas que tendrían que regularles, y en ausencia de dichas normas, la creación de las mismas. Aun así, muchas veces los esfuerzos legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos la investigación científica.

La investigación con células madre embrionarias derivadas de los embriones de jóvenes de catorce días, como ha quedado evidenciado, no puede ser considerada como un acontecimiento histórico que ha llegado a su fin, sin importar los adelantos que se hayan logrado en la reprogramación de células adultas. Es a razón de todo esto que es menester delimitar el status jurídico del preembrión y de dotar de cierto grado de objetividad la valoración de las diferentes fases de desarrollo del producto de la concepción, al mismo tiempo que se establezcan criterios hermenéuticos válidos en la materialización jurídica de distintos niveles de protección para cada una de las etapas del desarrollo. No se puede dejar de enfatizar la necesidad de delimitar el status del preembrión, y el deber de hacerse en los distintos niveles legislativos, desde la Ley Fundamental, es decir, la Constitución, así como las leyes

especializadas en la materia y por supuesto, las decisiones de los Tribunales, con el fin de homogeneizar criterios normativos.

Al hilo de estas reflexiones, la Fundación de las Ciencias de la Salud señala que: *“cuando la influencia de la ciencia y de la técnica es tan enorme que puede comprometer el pasado y el futuro de la vida humana, nuevos procedimientos de revelación y control distintos de los clásicos se hacen necesarios. No es suficiente aplicar rigurosos estándares éticos y jurídicos en el desarrollo de la investigación científica, sino que se requiere también la puesta en marcha de procedimientos que ensanchen la participación y deliberación de la sociedad favoreciendo así la emergencia de vías más flexibles que las actuales para la legitimación de las decisiones públicas”*. Y es que, a pesar de la necesidad y la urgencia que plantean los avances científicos y su impacto en el status de los preembriones, pueden llevar a considerar que únicamente las normas jurídicas, coactivamente impuestas, pueden alcanzar los fines propuestos. Pero en realidad la sociedad debe dotarse de una serie de normas deontológicas y éticas que colaboren con la función de control y además busquen construir un sistema social fundado en principios bioéticos, constitucionales y respeto hacia los derechos fundamentales. Aunado a los principios éticos con que se arma la sociedad, el Derecho debe responder a un momento histórico de intenso cambio en la esfera de la reproducción e investigación; un cambio social, cultural y científico que obliga a analizar casos particulares y a plantear soluciones nuevas.

Pues bien, el hombre piensa y expresa sus pensamientos con ayuda de las palabras, y posteriormente éstas se convierten en pensamientos abstractos. De ahí emana la importancia de una sola palabra, pues con ella se transmite demasiado; una palabra guarda mucho poder, y se advierte del cuidado excesivo que se debe guardar respecto a ellas, pues en casos como el del embrión en los primeros catorce días desde la fecundación, los hay quienes consideran que una sola palabra puede restarle valor y quizás privarle no sólo de dignidad, que en teoría le sería inherente por su naturaleza humana, sino de los demás derechos fundamentales. Muchos han llegado a afirmar que el

término de preembrión lejos de enriquecer el vocablo y acrecentar el conocimiento, limita considerablemente el entendimiento de una realidad biológica. Por lo que sostienen que el término en realidad es una cortina de humo que oculta la realidad del embrión en sus primeras etapas detrás de mecanismos lingüísticos. Pero la realidad es que el embrión y el preembrión no comparten el mismo status, aunque muchos estudiosos y personas dentro de la sociedad consideran que debiera ser así ya que el preembrión también encierra la promesa de convertirse en un individuo de la especie humana.

Habría que empezar por considerar que no todos los países reconocen la existencia de una etapa previa al embrión, esto es, descartan la idea del preembrión como fase de desarrollo que se origina después de la fecundación y que precede al embrión. Este es el caso de Alemania, que no sólo considera que al momento de la unión de núcleos gaméticos se forma el embrión, sino que hay vida humana, y por ende nunca hace uso del vocablo preembrión. El Reino Unido, quien es el que acuña el término en el famoso Informe Warnok, acepta que el preembrión es una realidad biológica diferente al embrión, pero no hace uso en sus ordenamientos del término “preembrión”. Lo mismo sucede con Estados Unidos, el preembrión es un término que se usa en los debates políticos y académico pero no se implementa en las legislaciones. México contemplada el término en su Ley General de Salud, pero tras la reforma de la misma, dicho término desapareció y con él la aceptación de que existe una fase previa al embrión. España es el único país, de los estudiados, que actualmente usa dicho términos en sus leyes y concibe una etapa anterior al embrión.

A raíz de esto, el término de preembrión ha sido, y sigue siendo, el centro del debate científico, ético y jurídico, es un término que no es aceptado por embriólogos o biólogos, sino por legisladores y políticos de algunos países que encontraron la fórmula para aceptar como éticamente lícito lo que el término embrión no permitía, que era disponer de ellos para fines experimentales y de investigación científica. El nombre de preembrión ha sido

duramente criticado, el objetivo de introducir dicho término fue el de lograr mayor aceptación de éstas prácticas dentro de la sociedad.

Ante los avances de la biomedicina parece ir aparejada la idiosincrasia de que existe una devaluación del respeto a la vida, la dignidad y los demás derechos fundamentales del preembrión, aun cuando se ha demostrado que las legislaciones de diversos países no le otorgan un alto grado de protección de dignidad y de derecho a la vida. Es por lo mismo, que el Derecho, de la mano de la sociedad, debe constituir mecanismos jurídicos que proporcionen cierto grado de seguridad no sólo al preembrión, por pertenecer a la familia humana, sino también a la comunidad científica.

La comunidad científica, a través del ejercicio de su derecho de investigación, beneficia al resto de la humanidad pues tienen por objetivo mejorar los tratamientos de salud. Pero, además de que la ciencia busca mejorar las condiciones de vida a través de la investigación con células madre embrionarias, derivadas de preembriones, también es gracias a la ciencia que se habla hoy en día de la donación de preembriones a parejas con problemas de esterilidad y a mujeres sin pareja, y que es un método cada vez más popular. En España, sólo en el Institut Marquès se realizaron 616 procesos de adopción de preembriones en el 2013, frente a 353 del 2012, y en el 2014 se habían logrado 775 nacimientos⁷⁰⁴. Por lo tanto, no se puede estigmatizar la creación de los preembriones supernumerarios, puesto que la biomedicina ofrece, a su vez, alternativas positivas, además de las que ofrecen los adelantos médicos resultados de las investigaciones científicas.

En el mismo sentido, no se puede obviar que al reflexionar sobre el uso de preembriones en la investigación se delibera también acerca de la donación de órganos adultos provenientes de personas fallecidas en accidentes o por enfermedades no infecciosas. En ambos casos, la muerte es inevitable tanto para los preembriones como para las personas enfermas o víctimas de un

⁷⁰⁴ <http://www.abc.es/salud/noticias/20140529/abci-adopcion-embriones-201405281713.html>

accidente, pero ante esta disyuntiva parece existir dos caminos: el primero es el uso y aprovechamiento tanto de las células madre embrionarias que aportan los preembriones, como de los órganos que provienen de personas con el fin de salvar vidas o mejorar la calidad de vida de muchos pacientes; el segundo camino es la muerte sin más, sin representar beneficio para nadie, traduciéndose en una muerte inútil. Los avances científicos y médicos no sólo se pueden percibir a la luz de los abusos y los peligros que podrían traer aparejados, pues también aportan grandes beneficios a la humanidad, y tales beneficios no deben quedar opacados por los abusos cometidos por algunos científicos y médicos a través de la historia.

La preocupación más intensa en las últimas décadas ha girado en torno a establecer una serie de mecanismos jurídicos y políticos tendientes a garantizar el respeto a los derechos fundamentales e incluso se ha llevado a constitucionalizarlos, a investir estos preceptos con el máximo rango normativo. La aplicación de las nuevas ciencias ha hecho necesario que el Derecho amplíe su campo de estudio, creando una nueva rama, el Bioderecho, pero, además, se ve en la tesitura de reflexionar acerca de lo científicamente posible, lo éticamente aceptable y lo jurídicamente permisible. Se buscaría un equilibrio entre las tres vertientes a la hora de crear normas que tengan como pilar el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales, recordando que el derecho a la investigación científica es también un derecho fundamental.

Es por lo mismo que el Derecho se constituye como un instrumento de seguridad para la sociedad, por ende la función del jurista es contribuir a brindar seguridad a la sociedad a través del conocimiento e interpretación del ordenamiento como forma de dar respuesta pacíficamente a los conflictos que se producen en el seno de las sociedades. A pesar de esto, más que forzar las categorías jurídicas, que carecen de bases científicas, hasta hacerlas perder su propia configuración y utilidad, se debería promover la protección de valores o principios, y no de derechos en sentido propio. No resulta fácil, como señalan estudiosos como Díaz Revorio, reconocer derechos sin titular, o con un titular tan difuso que no puede actuar en el mundo jurídico como tal. Tampoco sería

imperioso hablar de crear nuevos derechos constitucionales con el fin de salvaguardar los bienes jurídicos que la sociedad considera se verían en peligro de cara a los adelantos tecnológicos y científicos.

Como consecuencia, actualmente los académicos, juristas, legisladores y políticos se ven en la posición de reflexionar acerca de la conveniencia de incorporar nuevos derechos al sistema constitucional, o si se está frente a la tarea de descubrir nuevas dimensiones de derechos que ya están constitucionalmente protegidos. Esto ha llevado a plantearse si los valores y derechos fundamentales consagrados en las distintas Constituciones resultan suficientes para hacer frente a los retos que plantean los avances científicos. Muchas sociedades han considerado después de una revisión cuidadosa de sus valores y principios axiológicos, que más bien resultan insuficientes, y por ende, resulta necesaria la incorporación de nuevos valores y derechos, o más bien una nueva y más amplia interpretación de los ya existentes. Para esto, es necesario una lectura crítica de la realidad que se busca legislar, teniendo como punto de referencia los argumentos aportados por las ciencias en la materia antes de dedicarse a la elaboración de valoraciones jurídicas que resulten arbitrarias y carezcan de rigor argumentativo, como de cierta forma se ha considerado ser el caso del preembrión.

No se puede negar que los países que adoptan una postura protectora del status del preembrión, y en consecuencia un enfoque más bien restrictivo hacia la investigación con preembriones, corren el riesgo de quedarse rezagados en cuanto a los adelantos y proyectos científicos y terapéuticos más importantes de las próximas décadas. Podría ser el caso de países como Alemania, que cuenta con una larga y distinguida historia en investigación médica y científica, y ha desempeñado un papel importante en el desarrollo de la embriología moderna y en biología celular y del desarrollo. Sin embargo, debido a su fuerte postura protectora hacia los preembriones, en la actualidad se ve forzada a jugar un papel menor en el importante desarrollo de la investigación en esta área, en un momento en el que el Reino Unido, Estados Unidos, España y otros países del resto del mundo están en pleno avance en la

investigación con células madre embrionarias. Estos avances representan no sólo ganancias económicas, sino retrasos en los avances en medicina, lo cual se traduce en una deficiente garantía de la protección de la salud de la sociedad por parte del Estado.

Se ha hecho hincapié en el análisis de ciertos temas que han ocasionado mayor conflicto en los países que buscan regular el status del preembrión y cuyas legislaciones se han venido estudiado en la presente investigación. Como ha quedado constatado, cada país guarda una postura única en cuanto al preembrión y por ende regula de modo diferente cada uno de estos puntos, siendo así, el objetivo de este trabajo comparar y resaltar las diferencias y las semejanzas, se haberlas, con el objeto de apreciar los aciertos y los fallos de cada normativa.

Ahora bien, el primer tema que se analizó fue la creación de preembriones, este tema puede dividirse en dos categorías, el primero, la creación de preembriones con fines de reproducción y la creación de preembriones con fines ajenos a la reproducción. Evidentemente, el primer supuesto no crea ningún inconveniente en ninguna legislación, pues el derecho fundamental a reproducirse es un derecho reconocido. Por otro lado, la creación de preembriones con el fin único de destinarlos a la investigación sólo está amparada bajo la legislación del Reino Unido, pues tanto Alemania como Estados Unidos y España la prohíben vehementemente y México no la prohíbe expresamente pero se entiende que no la permite. Sin embargo, aunque la creación de preembriones con fines reproductivos no plantea ningún dilema, hay quienes consideran que las legislaciones que no imponen un número límite de óvulos a fecundar en los procesos de FIV en realidad están creando una fuente inagotable de preembriones sobrantes que posteriormente serán destinados a la investigación.

El segundo tema controvertido es el destino de los preembriones supernumerarios, que son aquellos preembriones sobrantes de los procesos de

FIV y que posteriormente son crioconservados con el fin de preservarlos y almacenarlos para su posterior uso. Esta problemática tiene su lógica, pues con el paso del tiempo los métodos de FIV han producido un gran número de preembriones supernumerarios que se enfrentan con un futuro incierto. En primer lugar el ordenamiento germano, permite la crioconservación de los preembriones sobrantes, pero es la única opción que señala la legislación. El Reino Unido y España permiten la crioconservación, estableciendo plazos legales para dicha conservación, y además la donación de los preembriones para la investigación, y la legislación española también contempla la posibilidad de donarlos a otras parejas con fines reproductivos. Estados Unidos desde luego aprueba la crioconservación, pero a lo que se refiere a la donación para investigación el tema sigue siendo debatido, lo interesante es la donación de los preembriones, pero siguiendo la tradición que marca la jurisprudencia americana de considerar a los preembriones “propiedad” de los progenitores, podría inferirse que la donación a otras parejas está permitida en este país y también su destrucción. La legislación mexicana no prevé la crioconservación ni cualquier otro destino para preembriones sobrantes de la práctica FIV, situación que a pesar de no estar específicamente regulada se lleva a cabo en las clínicas y centros de salud públicos y privados.

Quizá el tema más problemático es la obtención de células madre embrionarias derivadas de los preembriones, pues se traduce en la destrucción de los mismos. Ciertamente, en mayor o menor medida, es una práctica que se suele autorizar, pues son de gran utilidad en las investigaciones biomédicas y genéticas, pero cada país impone sus limitaciones legales o económicas. Alemania permite el uso de células madre embrionarias derivadas de preembriones creados antes de la entrada en vigor de la Ley de Células Madre, de 28 de junio de 2002, y que sean importadas. La legislación inglesa es la más flexible al respecto y no sólo se vale de los preembriones supernumerarios sino que autoriza, como ya se ha mencionado, la creación de preembriones exclusivamente para destinarlos a la investigación. Hasta ahora el único límite era la prohibición de alterar el genoma humano, pero recientemente, la bióloga del desarrollo Kathy Niakan, ha solicitado autorización a la HEFA para editar

genes en los embriones humanos obtenidos *in vitro* y antes si quiera de ser implantados; dicha autorización está pendiente por ahora⁷⁰⁵. El caso de Estados Unidos resulta un tanto caótico, pues varía con cada administración y partido político, básicamente si se permita la investigación y la experimentación con células madre embrionarias en este país, lo único que se debate es el financiamiento con fondos públicos, pero se ha hecho a través de fondos privados en centros de investigación de renombre y en universidades prestigiosas como la Universidad de Wisconsin y John Hopkins. México no cuenta con regulación específica en cuanto a las células madre embrionarias, permite la donación de células troncales provenientes de la placenta pero nada dice sobre las embrionarias. España autoriza esta práctica, mientras dichas células se deriven únicamente de preembriones supernumerarios, aunque, como se ha comentado previamente, hay quien argumentaría que al no establecer un límite de óvulos a fecundar por cada tratamiento de FIV en realidad lo que se hace es crear preembriones que posteriormente serán destinados para la investigación una vez la pareja lo consienta o se agote el plazo legal permitido para la crioconservación.

La opinión predominante sugiere que los preembriones merecen cierto grado de respeto, al menos el mismo que se le otorga los embriones, pero no el respeto que se le otorga a las personas (personas nacidas). La investigación con preembriones, y la obtención de células madre embrionarias a partir de ellos, con bases médicas y científicas se ha encontrado como aceptable en la mayoría de las legislaciones examinadas. Sin embargo, a pesar de ser la opinión predominante, ha generado mucho debate en el seno de las distintas sociedades, lo cual es no sólo común sino que resulta deseable pues ninguna nueva realidad debe ser aceptada de forma pasiva, sino que debe dar paso al análisis y al debate. Al mismo tiempo, este debate y la falta de consenso social es lo que propicia el lento avance del Derecho. Sin embargo, la exigencia y el tratamiento jurídico previo a dicho consenso conduciría a la imposición arbitraria de normas de una parte de la sociedad sobre otra.

⁷⁰⁵ <http://www.abc.es/ciencia/20150920/abci-edicion-genes-reino-unido-201509192054.html>, y <http://www.elmundo.es/salud/2015/09/24/5603bba822601d420a8b4579.html>

Finalmente, el último tema controvertido y analizado es el que gira en torno a la clonación terapéutica, la cual cabe recordar es aquella que se realiza a partir de núcleos de cultivos celulares y no tiene por objetivo originar un individuo clónico vivo, sino generar cultivos de tejidos con el fin de reparar daños en órganos de un embrión, feto o persona. En realidad el vocablo “clonación” encierra gran polémica, pues automáticamente se piensa en la clonación reproductiva y en todas las implicaciones negativas, tanto éticas como legales, que encierra, pero la clonación terapéutica, bien regulada, presenta un sinfín de posibilidades y beneficios que no conviene dejar de lado. Aun teniendo en cuenta los beneficios que supondría la clonación terapéutica, Alemania prohíbe esta práctica, pues considera que toda intervención que se haga sobre el preembrión se debe hacer para beneficio suyo y; en cuanto a la investigación permitida con las líneas celulares importadas, son muy cautos al aprobar dichos proyectos de investigación. Sin embargo, el Reino Unido y Estados Unidos autorizan la clonación terapéutica, aunque en el caso de la legislación inglesa dicha práctica encuentra quizás mayor amparo y fomento que en la americana. España, por otro lado, prohíbe la clonación reproductiva pero no se pronuncia en cuanto a la terapéutica, aunque la Ley 14/2007 en su artículo 33.2 al hablar acerca de la “*activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*” lo que hace es definir precisamente la clonación terapéutica, y bajo esta premisa queda permitida. Y, una vez más, México queda rezagado en el tema, la única mención a la clonación se daba en una propuesta para ampliar el Código Penal Federal, dicha propuesta buscaba prohibir la clonación de manera genérica.

Resumiendo todo lo anterior, el panorama general del el preembrión en las distintas legislaciones analizadas a lo largo del presente trabajo de investigación quedaría, a grandes rasgos, así:

	Creación de Preembriones		Destino de Preembriones Supernumerarios	Obtención de Células Madre Embrionarias	Clonación Terapéutica
	Procreación	Investigación			
Alemania	Si	No	Crioconservación	Solo importadas	No
Reino Unido	Si	Si	Crioconservación y donación para investigación	Si	Si
Estados Unidos	Si	No	Crioconservación, donación para fines reproductivos, donación a la investigación o destrucción	Sí, pero con fondos privados	Si
México	Si	No	Crioconservación	N/A	N/A
España	Si	No	Crioconservación, donación para fines reproductivos, donación a la investigación o destrucción	Si	De acuerdo al artículo 33.2 de la Ley 14/2007, es una posibilidad

Ciertamente, delimitar el status del preembrión, en base a las diversas legislaciones, ha resultado ser una tarea colosal, pues cada país refleja en su legislación los valores y principios que considera fundamentales. Aun así, resulta innegable la insuficiencia de los numerosos instrumentos jurídicos y los preceptos constitucionales que se plantean como objeto proteger al preembrión ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Tras estudiar y analizar la legislación constitucional, civil, sanitaria y penal que podría aplicarse a la investigación con preembriones queda evidenciado el hecho de que una vez más la realidad parece haberse adelantado, por mucho, a las normas y al debate jurídico. Evidentemente no se está frente a un sistema integral de protección del preembrión y de una toma de consciencia global desde el punto de vista jurídico del mismo. Es por esto que se hace hincapié en la necesidad

de la misma, habiendo dicha reflexión forzosamente de vincularse al derecho constitucional con el fin de determinar alguna vía de protección jurídico-constitucional.

Al respecto, académicos como Romeo Casabona y Brena sostienen que el Derecho constitucional encierra el potencial tanto como receptor de derechos fundamentales que se ven afectados por los adelantos biomédicos, como instrumento para resolver los conflictos que surgen a raíz de las prácticas biomédicas. Hay que tener en cuenta que es a través de las normas constitucionales que se interpreta el ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que los valores y principios que se consagren en las Constituciones servirán de luz orientadora, pero siempre de la mano de la ciencia, pues no se puede pretender legislar desde la ignorancia.

Sin embargo, a través del estudio de las legislaciones de los diversos países, se puede concluir no se cuenta con los elementos suficientes para poder establecer un status constitucional del preembrión, menos en el caso de Alemania que en Ley Fundamental sienta las bases para la protección de la vida y de la dignidad. Pero el resto de los países rigen el destino del preembrión a través de diversas legislaciones, por lo que en realidad se tendría que hablar del status jurídico del preembrión. También hay que considerar la dimensión internacional de la regulación jurídica del preembrión, que no sólo ha sentado las bases para las legislaciones nacionales sino que sigue influyendo en las mismas, por lo que, en gran medida, la respuesta a muchos problemas se encontrarán instrumentos internacionales como sería el Convenio de Oviedo. A pesar de esto, las legislaciones y los tratados internacionales encontrarán, en la mayoría de los casos, amparo en las Constituciones y de manera indirecta forman parte de las mismas. De cualquier forma cabe hacer hincapié sobre la necesidad de implementar un mayor número de instrumentos internacionales de carácter más riguroso, pues incluso las legislaciones más conservadoras han encontrado vías alternativas a la hora de permitir la investigación con preembriones, como es el caso de Alemania a través de la importación de células madre embrionarias, y habrán de encontrar un marco

legal más desarrollado que regule estas prácticas a nivel internacional. Sin lugar a duda, se está frente a un tema que resulta complicado regular pues se debe proteger en cierta medida al ser humano en potencia y establecer límites a la investigación y al mismo tiempo promover el avance de la ciencia para beneficio de la sociedad.

Hasta al día de hoy, y después de analizar y estudiar las diversas legislaciones e instrumentos internacionales, se podría resumir el status que guarda el preembrión dentro de la sociedad y dentro de los marcos jurídicos, particularmente dentro del constitucional, es de objeto y no sujeto de derecho. La mayoría de las legislaciones lo perciben como un bien jurídico digno de ser protegido hasta cierto punto, pero no como sujeto de derecho, titular de los derechos fundamentales que le son inherentes a toda persona. A pesar de lo anterior, habría que reconocer que aunque, gracias a los adelantos logrados por la Biomedicina y la Biotecnología, se haya logrado aislar una fase del desarrollo del ser humano el tratamiento que merezca el embrión con fines de implantación no puede prescindir de humanidad. Sin embargo, el establecer una regulación de la actividad científica que utiliza preembriones implica necesariamente imponer límites a la libertad de investigación científica, lo complicado radica en buscar el equilibrio, el equilibrio entre una adecuada protección al preembrión y garantizar el avance de la ciencia a través de la libertad de investigación científica.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ABBASI-SHAVAZI, Mohammad Jalal; et. al. "*The 'Iranian ART Revolution': Infertility, Assisted Reproductive Technology, and Third-Party Donations in the Islamic Republic of Iran*". Journal of Middle Eastern Women's Studies, Vol.4, No.2, 2008

ABELLÁN, Fernando. "*Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genéticos preimplantario (DPG)*". Revista de la Escuela de Medicina Legal. Septiembre, 2003

ALBERT, Marta. "*¿Hacia un bioderecho universal? Bioderecho en acción y funcionalización del valor de la vida humana*". Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013

ALEGRE Martínez, Miguel Ángel. "*Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad*". Revista de Derecho Político, No. 53, 2002

ALEGRE Martínez, Miguel Ángel y Mago Bendahán, Óscar. "*Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad*". En Revista de Derecho Político, no. 66, 2006

ALEGRE Martínez, Miguel Ángel. "*El Derecho Constitucional al servicio de la persona: la protección a los más vulnerables y los 'nuevos derechos'*". Revista de Derecho Políticos, No. 80, enero-abril, 2011

ANDORNO, Roberto. *“La Dimensión Biológica de la Personalidad Humana: El Debate sobre el Estatuto del Embrión”*. Cuadernos de Bioética, Vol. 15, No. 53, 2004

ANDORNO, Roberto. *“Técnicas de Procreación Asistida”*. En el acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ANELLO, Carolina Susana. Corte Penal Internacional. Editorial Universidad. Argentina, 2003

APARISI Miralles, Ángela. *“En torno al principio de la dignidad (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)”*. Cuadernos de Bioética, 2ª, 2004

APARISI Miralles, Ángela. *“Bioética, bioderecho y biojurídica”*. Anuario de Filosofía del Derecho, No. 24, 2007

APARISI Miralles, Ángela. *“El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”*. Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013

AUGUSTINE Lawler, Peter. *“Thoughts on the Purpose of the President’s Bioethics Council: Expert Consensus vs. Dignified Conflict”*. The Good Society, Vol. 19, Num. 1, 2010

ÁVILA, Victor M. *“Desencantamiento del derecho moderno al derecho posmoderno: visibilización de otros derechos y el derecho comunitario”*. Revista Análisis Internacional, Vol. 4, No. 8, 2013

AVIV, H. *Actitudes éticas de un científico judío en relación con la intervención genética*, Proyecto Genoma Humano: Ética, Fundación BBVA, Bilbao, 1993

BECKMANN, Jan P. “*On the German Debate on Human Embryonic Stem Cell Research*”. *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 29, No. 5, 2004

BELLVER Capella, Vicente. “*Los diez primeros años del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: Reflexiones y Valoración*”. *Cuadernos de Bioética*, Vol. 9, No.67, 2008

BISCARETTI di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1986

BÖCKENFÖRDE, E. W. “*Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica*”. En *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1993

BRAGUE Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2004

BRENA Sesma, Ingrid. “*Panorama sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en México*”. *Panorama sobre la Legislación en Materia del Genoma Humano en América Latina y el Caribe*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2006

BRENA Sesma, Ingrid. “*Hacia una regulación jurídica en México sobre la investigación con células troncales*”. *Células troncales. Aspectos jurídico-filosóficos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Estudios Jurídicos Núm. 83, 2005

BROWN, Mark. “*Moral Complicity in Induced Pluripotent Stem Cell Research*”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 19, No. 1, 2009

BYK, C. *Lecciones del pasado: proyectos para el futuro. El Proyecto Genoma Humano y el contrato social: un enfoque de política jurídica*, Proyecto Genoma Humano: Ética, 1, Fundación BBVA, Bilbao, 1993

CANALES, Patricia. "El estatuto jurídico del del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Año XIV, No. 297, 2004

CASADO, María. *"En torno a células madre, pre-embionarias y pseudo-embionarias: el impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho d la UB"*. En Revista de Bioética y Derecho, no. 19, 2010

CARBONELL, Miguel y Vázquez Rodolfo. Estado Constitucional y Globalización. Porrúa, México, 2003

CARPIZO, Jorge. *"Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención"*. El Estatuto de Roma. Editorial Ius Poenale. México, 2004

CHUECA Rodríguez, Ricardo. *"El Derecho Fundamental a la Investigación Científica"*. En REDUR no. 6, 2008

CORRAL García, Eduardo. *"El lenguaje bioético de la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos"* Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013

DARÍO Bergel, Salvador. *"Los Derechos Humanos entre la Bioética y la Genética"*. Acta Bioethica, no. 2, 2002

DE DIENHEIM Barriguite, Cuauhtémoc Manuel. *“El Derecho a la Intimidad, al Honor y a la Propia Imagen”* Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2001

DE VEGA García, Pedro. *“Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”*. Revista de Estudios Políticos, No. 100, 1998

DÍAZ Revorio, Francisco Javier. Los Derechos Humanos antes los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009

DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *“La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación”*. Revista de Derechos Político, No. 71-72, enero-agosto 2008

DÍAZ Revorio, Francisco Javier. *“La creación de ‘nuevos’ derechos constitucionales pro los tribunales”*. Beresit, Revista Interdisciplinar científico-humana, No. 5, 2003.

DÍEZ Fernández, José Antonio. *“La Presencia de la Bioética en al Proyecto de la Constitución Europea”*. En Cuaderno de Bioética, Vol.16, No. 58. España, 2005

DOBERNIG Gago, Mariana. *“El Status Jurídico del Preembrión en la Reproducción Asistida”*. Anuario Jurídico de la Universidad Iberoamericana de México, No. 2, 1998

DOBERING Gago, Mariana. "*La investigación con células embrionarias totipotenciales*". Anuario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002

DOERFLINGER, Richard. "*Ditching Religion and Reality*". The American Journal of Bioethics, Vol. 2, No. 1, 2003

DUNSTAN R., G. "*Pre-embryo Research*". Journal of Assisted Reproduction and Genetics, Vol. 12, No. 8, 1995

ESER, Albin. "*La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*". En Ingeniería genética y reproducción asistida, España, 1989

ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg. "*La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales*". Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 20, 2004

FAUNCE, T. A. "*Will International Human Rights subsume medical ethics? Intersections in the UNESCO Universal Bioethics Declaration*". Journal of Medical Ethics, 2005

FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. "*Génesis y uso del término 'preembrión' en la literatura científica actual*". Persona y Bioética, Vol. 2, No. 2, 1998

FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. "*¿Ya no es útil o necesario para el avance científico el término de 'preembrión'?*". Cuadernos de Bioética, Vol. 20, No. 68, 2009

FERRER Colomer, Modesto y PASTOR García, Luis Miguel. “*The preembryo’s short lifetime. The history of a word*”. Cuadernos de Bioética, No. 23, 2012

FERER Santos, Urbano. “*La identidad dinámica del embrión y los límites a la investigación biológica*”. Cuadernos de Bioética, Vol. 15, No. 54. España, 2004

GARCÍA Fernández, Dora. “Protección jurídica del embrión humano”. Reviste TBIO, No. 1, 2011

GARCÍA-MINGUILLÁN Molina, Jesús. La Investigación con células troncales embrionarias humanas en el ordenamiento constitucional español. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2011

GARROTE Fernández – Díez, Ignacio. “*El Resurgir del Golem: La Clonación de Preembriones Humanos con Fines Terapéuticos y el Concepto de Persona. Aspectos Éticos, Constitucionales y Jurídico – Privados*”. Derecho Privado y Constitución, No. 15, 2001

GONZÁLEZ De Cancino, Emilssen, “*Utilización de Células Madre. Realidades y Perspectivas Jurídicas*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005

GONZÁLEZ Morán, Luis. “*Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida*”. Dilemas Éticos de la Medicina Actual – 11. Procreación humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998

GONZÁLEZ Morán, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Dykinson. Madrid, 2006

GOTTWEIS, Herbert. “*Stem Cell Policies in the United States and in Germany: Between Bioethics and Regulation*”. Policy Studies Journal, Vol. 30, No. 4, 2002

HERRANZ, Gonzalo. “*Ética de las Intervenciones sobre el Embrión Preimplantado*”. Anuario Filosófico, Vol. 27, No. 1, 1994

HERVADA, J. Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho. Eunsa, Pamplona, 1995

IAGULLI, Paolo. “Diritti riproduttivi” e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche. G. Giapichelli, Torino, 2001

Informe del Comité Asesor de ética en la Investigación Científica y Tecnológica. “*La investigación sobre células troncales*”. http://www.cnb.csic.es/~transimp/INFORME_CELULAS_TRONCALES.pdf

JIMÉNEZ Sánchez, Gerardo; VALDÉS Olmedo, José C. y SOBERÓN, Guillermo. “*Desarrollo de la medicina genómica en México*”. Este País, 2002

JONES, Gareth D. y WHITAKER, Maja I. Speaking for the Dead. The Human Body In Biology and Medicine. ASGATE, 2ª Edición. Inglaterra. 2008

JOUE de la Barrera, Nicolás. “*Cultura de la vida: Dignidad del ser humano en los inicios de la vida*”. En XXXI Encuentro Nacional de JRC. Salamanca, 2008

JOUE de la Barreda, Nicolás. “*La genética y la Dignidad del ser humano*”. Cuadernos de Bioética, No. 24, 2013

KANT, Emmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Espasa – Calpe, Madrid, 1983

KAUFMANN, Arthur. “Filosofía del Derecho”. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1999

KIM, Eun – Sung. “*Heterogeneous assemblages of bioethics and science: the ‘pre-embryo’ debate in America*”. New Genetics and Society, Vol. 27, No. 4, 2008

KISCHER, C. W. “*The big lie in human embryology: The case of the preembryo*”. American Life League, 1997

KISCHER, C. W. “*The corruption of the science of Human Embryology*”. American Bioethics Advisory Committee Quarterly. 2002.

KISCHER Ward, C e Irving N., Dianne. The Human Development Hoax: Time to Tell Truth. Second Edition, 1997

KNOEPFFLER, Nikolaus. “*Hacia un concepto normativo de embrión*”. Revista Monografías Humanitas, No. 4, 2004

KNOWLES, Lori P. “*Religion and Stem Cell Research*”. Stem Cell Network, 2009

LACADENA, Juan Ramón. “*Clonación Humana Terapéutica*”. En Revista de Derecho y Genoma Humano, no. 12, 2000

LANDA, César. *“Dignidad de la Persona Humana”*. En Cuestiones Constitucionales, no. 007. 2002

LANZAROTE Martínez, Pablo. *“La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos”*. Cuaderno de Bioética, no. 17, 2006

LEMA Añón, Carlos. *“Una década de legislación sobre reproducción asistida y utilización de embriones. Observaciones sobre su aplicación, constitucionalidad y perspectivas de futuro”*. Jueces para la democracia, No. 37, 2000

LEÓN Correa, Francisco Javier. *“Dignidad Humana y Derechos Humanos en Bioética”*. Revista de Biomedicina. Vol. 3, N°1, 2007

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raza e Historia. Atlaya. Madrid, 1999

LÓPEZ Barahona, Mónica. *“El Respeto al Embrión Humano y la Ley 14/2006 Vigente en España de Reproducción Asistida”*. Cuadernos de Bioética, Vol. 18, No. 64, 2007

LÓPEZ Moratalla, Natalia, et. al. *“Inicio de la vida de cada ser humano ¿Qué hace humano el cuerpo del hombre?”* Cuaderno de Bioética, no. 22, 2011

LUCAS Murillo de la Cueva, Enrique. *“Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales”*. Revista de Derecho Político, No. 46, 1999

MAIENSCHEIN, Jane. *“Part II – What’s in a Name: Embryos, Clones, and Stem Cells”*. The American Journal of Bioethics, No. 1, Vol. 2, 2002

MARCOS del Cano, Ana María. "*La biojurídica en España*", Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, vol. IV, serie LXXI, 1994

MARCOS del Cano, Ana María. "*La investigación clínica: potencialidades y riesgos*". En Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. Editorial Comares, España, 2008

MARTIN A., Patricia y LAGOD L., Martin. "*The Human Preembryo, the Progenitors, and the State: Toward a Dynamic Theory of Status, Rights, and Research Policy*". Berkeley Technology Law Journal, Vol. 5, No. 2, 1990

MARTÍN Sanjuan, Cristina. "*Cribando genético: el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad*". En Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana, 2003

MARTÍNEZ Bullé Goyri, Victor M. "*Genética Humana y Derecho a la Vida Privada*". Diagnóstico Genético y Derechos Humanos. Cuadernos Interdisciplinarios, UNAM, México, 1998

MARTÍNEZ Morán, Narciso. "*Persona humana e investigaciones médicas*". En Biotecnología, Derecho y dignidad humana. Editorial Comares, Granada, 2003

MARTÍNEZ Morán, Narciso. "*Los derechos humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas*". Bioética y Bioderecho, Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. Editorial Comares. España, 2008

MCCORMICK, Richard. "*Who or What is the Preembryo*". Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 1, No. 1, 1991

MERKER, Reinhard. "*The legal status of the human embryo*". Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine, Vol. 2, No. 1, 2007

MISNA, Lucas. Stem Cell Based Treatments and Novel Considerations for Conscience Clause Legislation. Indiana Health Law Review, Vol. 8, No. 2, 2011

MORALES Aché, Pedro Isabel. "*El estatus jurídico del embrión en México*". En Nexos, julio 2006

MORALES, Arlene, et. al. "*Preembryo Research*". American College of Obstetricians and Gynecologists, 2004

MORI, Maurizio y NERI, Demetrio. "*Perils and Deficiencies of the European Convention on Human Rights and Biomedicine*". Journal of Medicine and Philosophy, Vol. 26, No. 3, 2001

MULKAY. Michael. The embryo research debate: science and the politics of reproduction. Cambridge University Press, 1997

MUÑOZ de Alba Medrano, Marcia. "*El status jurídico del uso de las células troncales en México*". Mexican Law Review, no.5, 2006

MUÑOZ de Cote, Alfonso. "*Terrorismo y la Corte Penal Internacional*". Tendencias del derecho penal y la política criminal del tercer milenio. INCAIPE. México, 2002

MUÑOZ Conde, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Editorial Temis. Reimpresión de la Segunda Edición. Bogotá - Colombia, 2004

NAVARINI, Claudia. "Resurge el falso término de 'pre-embrión' en ámbitos políticos o culturales". En Declaraciones a Zenit el 20 de septiembre del 2004

NIETO Castillo, Santiago. "Notas sobre el Derecho Genómico en México". Revista Derecho y Cultura, Invierno 2001 – Primavera 2002

NÚÑEZ, Manuel A. "Una introducción al Constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional". Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, No. 1, 2004

Nuremberg Judgment. Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgmente, U.S. Government, Printing Office, 1947.

OLLERO, Andrés. Bioderecho. Entre la vida y la muerte, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006

ORTIZ Sánchez, Mónica y PÉREZ Pino, Virginia. Diccionario Jurídico Básico. Tecnos. Madrid, 2008

PALACIOS Alonso, Marcelo. "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): De 1988 a 2005". En Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina (Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Mantovani), Editorial Dykinson, 2005

PÉREZ Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Decimocuarta Edición, Marcial Pons, 2004

PÉREZ Tamayo, Ruy. "Los problemas éticos del uso de embriones humanos". Revista Este País, julio 2004

PÉREZ Tamayo, Ruy. *“Los problemas éticos de la conservación de los embriones humanos”*. En *Ética en el ejercicio de la Medicina*, México, 2006

POSADAS Urtusuástegui, Alejandro. *Derecho y Globalización. Ciencia*, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias. Vol. 57 núm. 2. México, abril – junio 2006

PRAINSACK, Barbara. *“‘Negotiating Life’: The regulation of human cloning and embryonic stem cell research in Israel”*. *Social Studies of Science*, No. 36, 2006

PUENTE de la Mora, Ximena. *“Aspectos Jurídicos Relacionados con la Reproducción Asistida Humana y la Experimentación con Embriones en México”*. En *Iustitia*, no. 12, 2005

PRIETO Sanchís, Luis. *“La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”*. *Derecho y Libertades*, no. 8, 2000

REDONDO Hermida, Álvaro. *“Breves Anotaciones sobre la Protección del Embrión en el Ordenamiento Jurídico Español”*. *Cuadernos de Bioética*, Vol. 20, No. 69, 2009

REICH T., Warren. *Encyclopedia of Bioethics*. V.5, 1995

REQUERO, José Luis. *“Derecho a la vida `preembrionaria”*. *Revista Persona y Derecho*, No. 54, 2006

REVENGA Sánchez, Miguel. “*Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos*”. Revista Española de Derechos Constitucional, No. 64, enero-abril 2002

ROBERTSON, John. “*What We May do with Preembryos: A Response to Richard A. McCormick*” Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 1, No. 4, 1991

ROBERTSON, John. “*Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*”. University of Texas Law Journals, April 2004

ROMEO Casabona, Carlos María. “*La Genética y la Biotecnología en las Fronteras del Derecho*”. Acta Bioethica no. 2, 2002

ROMEO Casaboa, Carlo María. Implicaciones jurídicas de la utilización de muestras biológicas humanas y biobancos en investigación científica. Bilbao, 2007

ROMEO Casabona, Carlos María y Urruela Mora, Asier. “*Presupuestos y Propuestas para una Futura Armonización Legal en Europa sobre la Investigación con Células Embrionarias Humana*”. En Revista Monografías Humanitas, no. 4, 2004

ROMEO Casabona, Carlos M. “*Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología Humanas*”. Anuario Jurídico de la Rioja. No. 12, 2007

ROMEO –Casabona, Carlos M. “*Ethical, legal and social issues related to cell therapy*”. Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 28, 2008

ROMERO Casabona, Carlos M. *“Ley de Investigación Biomédica: un Nuevo y Completo Mapa para la Investigación Científica en Biomedicina”*. Revista de Medicina Clínica, Vol. 132, No. 16, 2009

RUBIO Núñez, Rafael. *El Estatuto Jurídico de la Vida por Nacer*. 2004

RUBIO Núñez, Rafael. *“Investigación con Células Madres: Un Problema Jurídico”*. Revista de Derecho Político, No. 61, 2004

RUBIO Núñez, Rafael. *“El estatuto jurídico de la vida por nacer”*. Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia, 2011

RUDOMIN Zevnovaty, Pablo. *“Recomendaciones para el empleo en México de células provenientes de tejidos embrionarios humanos para la investigación”*. Revista Derecho y Cultura, Invierno 2001-Primavera 2002

RUIZ Miguel, Carlos. *“La nueva frontera del Derecho a la intimidad: genética y dignidad”*. Revista de Derecho y Genoma Humano, no. 14, 2001

SAGOLS Sales, Lizbeth. *“El Ser Temporal del Embrión”*. Células Troncales. Aspectos científicos-filosóficos y jurídicos. Universidad Autónoma de México, México, 2005

SANZ Mulas, Nieves. *“La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad”*. Las Ciencias Penales en el siglo XXI. INACIPE. México, 2004

SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Editorial Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009

SERNA de la Garza, José María. *“Globalización y Derecho Constitucional Comparado”*. Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación, Porrúa, México, 2010

SERRANO Figueroa, Rafael. *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. Porrúa. . México, 2002

SERRANO Ruiz-Calderón, José Miguel. *“Dignidad versus patentabilidad (Comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asinto Brüstle/Greenpeace)”*. Diario la Ley, No. 7766, 2011

SHEA B., John. *“The ‘Pre-Embryo’ Question”*. Catholic Insight. October, 2004.

SHENFIELD, F., et. al. *“The moral status of the pre-implantation embryo”*. Human Reproduction, Vol. 16, No. 5, 2001

SIQUEIRA, de José Eduardo. *“El Principio de Responsabilidad de Hans Jonas”*. Revista Selecciones de Bioética, No. 10, 2006

SOUTULLO, Daniel. *“Selección de Embriones y Principios de la Bioética”*. Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 21, 2004

SEPENCER E., Thomas y PALMARINI, Massimo. *“Application of Next Generation Sequencing in Mammalian Embryogenomics: Lessons Learned from Endogenous Betaretroviruses of Sheep”*. National Institute of Health, 2012

STEINBERG, Avraham. *“The Beginning of Life – Jewish Perspectives”*. Medical and Ethical Dilemmas, 2005

TAPIA Adler, Ana María. "*Judaísmo y Ciencia*". Cuaderno Jurídico, No. 23, 1998

The American Collage of Obstetricians and Gynecologists Committee on Ethics. "*Using Preimplantation Embryos for Research*". Committee Opinion, No. 347, 2006

THOMSON J, A. et al. "*Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts*". Science 282, 1998

UGARTE Godoy, José Joaquín. "*Momento en que el embrión es persona humana*". Estudios Públicos, no. 96, 2004

URRUELA Mora, Asier. "*La Investigación con Células Madre. Aspectos Éticos y Jurídicos*". Células Troncales. Aspectos Científicos-filosóficos y Jurídicos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005

VALADÉS, Diego. "*Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico*". Panorama sobre la Legislación en Materia del Genoma Humano en América Latina y el Caribe. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2006

VIDAL Casero, María del. Carmen. "*La experimentación con embriones/feto*". Revista Bioética y Ciencias de la SALUD, Vol. 4, No. 2

VILA – Coro, Ma. Dolores. "*El Marco Jurídico en la Bioética*". En Cuadernos de Bioética, Vol, 16, No. 58, 2005

VIVANCO, Luis; et. al. "*Valoración Bioética y Biojurídica del Diagnóstico Genético Preimplantatorio en España*". En Cuadernos de Bioética, no. 21, 2010

VOGEL, Gretchen. "Germany dithers over Stem Cells, while Sweden gives green light". Science, Vol. 294, No. 5550, 2001

WALTERS, LeRoy. "*Human Embryonic Stem Cell Research: An Intercultural Perspective*". Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 14, No.1, 2004

WARNOCK, MARY. A question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology. Blackwell, Oxford, 1985.

YOUNG, Ernest. "The Trouble with Global Constitutionalism" Texas International Law Journal, Vol. 38, 2003

ZOLOTH, Laurie. "Reasonable Magic and the Nature of Alchemy: Jewish Reflections on Human Embryonic Stem Cell Research". Kennedy Institute of Ethics Journal, Vol. 12, No. 1, 2002

ZURRIARÁN, Roberto Germán. "*El Concepto de Vida "Prepersonal", en el Futuro de la naturaleza Humana, de J. Habermas*". En Cuadernos de Bioética, Vol. 16, No. 56. España, 2005

ZURRIARÁN, Roberto Germán. "*Ley 14/2007 de Investigación Biomédica: el Desenlace de la Desprotección Jurídica en el Inicio de la Vida Humana*". Cuadernos de Bioética, Vol. 20, No. 68, 2009

ZURRIARÁN, Roberto Germán. "*La Progresiva Desprotección Jurídica de la Vida Humana Embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007*". Cuadernos de Bioética, Vol. 20, No. 69, 2009

SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA

España

STC 53/1985 Recurso previo de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados contra el proyecto de Ley que despenaliza el aborto en ciertos supuestos

STC 212/1996, Recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos

STC 116/1999, de 17 de junio. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 63 diputados, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida

STC 61/1997, de 20 de marzo de 1997. Recurso de inconstitucionalidad 2.477/1990, 2.479/1990, 2.481/1990, 2.486/1990, 2.487/1990 y 2.488/1990 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias contra la Ley 8/1990, sobre Reformas del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

STC 173/1998, de 23 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 1.014/1988. Promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones

México

Jurisprudencia 13/2002, Febrero 2002. “Derecho a la vida. Su protección Constitucional”

Jurisprudencia 14/2002, Febrero 2002. “Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los Tratados Internacionales y de las leyes Federales y Locales”

Tesis Aislada P.IX/2002, Febrero 2002. “Aborto. El artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, no transgrede la garantía de igualdad, pues no autoriza que se prive de la vida al producto de la concepción”

Tesis Aislada P.LXV/2009, Diciembre 2009. “Dignidad Humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales”.

Tesis Aislada LXI/2010, Enero 2011. “Derecho a la Vida. Supuestos en que se actualiza su transgresión por parte del Estado”

Jurisprudencia 939, Septiembre 2011. “Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los Tratados Internacionales y de las Leyes Federales y Locales”

Jurisprudencia I.5o.C.J/31, Octubre 2011. “Dignidad Humana. Su naturaleza y concepto”

Tesis Aislada VI.3o.A.1K, Febrero 2013. “Derecho a la Dignidad Humana. Es connatural a las personas físicas y no a las morales”

Alemania

Sentencia del 25 de febrero de 1975

Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de mayo de 1993

Estados Unidos

Roe v. Wade de 1975

Doe v. Bolton de 1975

Davis v. Davis de 1992

LEGISLACIONES NACIONALES

España

Código Civil de 1889

Constitución Española de 1978

Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio. de reforma del artículo 417 bís del Código Penal

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida

Ley 42/1988 de la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Ley 45/2003 por la que se modifica la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida

Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro

Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de embriones sobrantes

Orden SCO/393/2006, de 8 de febrero, por la que se establece la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares

Ley 26/2006, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida y que deroga la Ley 35/88 y la Ley 45/2003

Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica

Ley 4/2014 por la que se modifican la Ley 7/2003, de 20 de octubre, mediante la cual se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la investigación in vitro

Ley Orgánica 10/1995, Código Penal Español

Proyecto de Ley por la que se Modifica la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica.

Alemania

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949

Ley sobre protección de embriones del 13 de diciembre de 1990 (*Gesetz zum Schutz von Embryonen - Embryonenschutzgesetz*)

Ley de Células Madre del 28 de junio del 2002 (*Stammzellgesetz*)

Reino Unido

Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, Warnock

Report, Department of Health and Social Security, London, 1984

Human Fertilization and Embryology Act, del 1 de noviembre de 1990

Human Fertilization and Embryology Act de 2008

Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, de junio de 2000

Ley de Clonación Humana Reproductiva, de diciembre del 2001

Estados Unidos

Constitución de los Estados Unidos de América de 1978

Revitalization Act del National Institutes of Health de 1993

Cloning Prohibition Act, 1997

Guidelines for Research Involving Human Pluripotent Stem Cells de 1999

Human Cloning Prohibition Act de 2001

Human Cloning Research Prohibition Act de 2001

Stem Cell Research Act de 2001

Stem Cell Research Enhancement Act de 2005

Maternal, Fetal and Infant Experimentation Act of New Mexico de 2006

Stem Cell Enhancement Act de 2007

Stem Cell Research Enhancement Act de 2009

Executive Order 13505 of March 9, 2009

México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

Código Civil Federal de 1928

Ley General de Salud de 1984

Reglamento de la Ley General de Salud de 1987

Iniciativa de ley que regula las técnicas de reproducción asistida y la disposición de material genético humano de 1999

Iniciativa de ley para regular la investigación y aplicación clínica de las técnicas de reproducción asistida de 2002

Código Penal para el Distrito Federal de 2002

Propuesta para incorporar un Capítulo específico referido a los delitos contra los derechos reproductivos, incorporado al Título Séptimo “Delitos contra la Salud”, del Código Penal Federal, del 22 de julio del 2009

CONSTITUCIONES

Costituzione della Repubblica Italiana de 1947

Constitución de la República de Hungría de 1949

Constitución de la República Democrática Federal de la *India de 1949*

Constitución de Grecia de 1975

Constitución de la República Portuguesa de 1976

Constitución de Suecia de 1976

Constitución Política de la República de *Chile* de 1980

Constitución de la República de Turquía de 1982

Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988

Constitución de la Federación Rusa de 1993

Constitución de Bélgica de 1994

Constitución de Polonia de 1997

La *Constitución* Federal Suiza de 1999

Proyecto de la Constitución Europea de 2004

Ley Fundamental de Hungría de 2012

TEXTOS LEGALES INTERNACIONALES

Carta de las Naciones Unidas de 1945

Código de Nüremberg de 1947

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948

Declaración Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

Declaración de Helsinki, 1964 -que se revisó en Tokio (1975), Venecia (1983), Somerset West (1996) y Edimburgo (2000)-

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976

Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, de 1978

Informe Belmont, 1978

Recomendación número 934 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1982

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1986

Código Internacional de Conducta en materia de Tecnología de Reproducción Humana de 1988

Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras de 1994

Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo) de 1997

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, 1997

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1998

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000

Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, 2003

Proyecto de Constitución Europea, 2004

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 2005